

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

CESSION D'ANTÉRIORITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 21 Mai 1896 à 2 heures 1/2

Par C. VASSOR

PREMIER CLERC DE NOTAIRE A PARIS

Président : M. BUFNOIR, professeur.

Suffragants : M. BOISTEL, professeur.
M. MASSIGLI, professeur

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL ET BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES, DE LA COUR DE CASSATION

Maison principale : Place Dauphine, 27

Succursale : Rue Soufflot, 7

1896

THINK

DOCTORAT

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DE LA

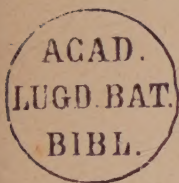
CESSION D'ANTÉRIORITÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le 21 Mai 1896 à 2 heures 1/2

Par C. VASSOR

PREMIER CLERC DE NOTAIRE A PARIS



Président : M. BUFNOIR, professeur.

*Suffragants : M. BOISTEL, professeur.
M. MASSIGLI, professeur*

PARIS

IMPRIMERIE ET LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE JURISPRUDENCE
MARCHAL ET BILLARD

IMPRIMEURS-ÉDITEURS, LIBRAIRES DE LA COUR DE CASSATION

Maison principale : Place Dauphine, 27

Succursale : Rue Soufflot, 7

1896

INTRODUCTION

La convention que nous nous proposons d'étudier a été imaginée par la pratique moderne. Le législateur de 1804 ne paraît pas en avoir entrevu l'idée; depuis, aucune loi n'en a déterminé la nature juridique et les effets.

La cession d'antériorité est issue des circonstances et des nécessités quotidiennes, comme plusieurs autres stipulations nouvelles dont l'apparition justifie cette observation de Portalis que les Codes des peuples se font avec le temps, mais qu'à proprement parler, on ne les fait pas. Les auteurs du Code civil ont d'ailleurs déclaré qu'ils n'avaient pas la prétention d'enchaîner l'action du temps, qu'il ne leur était pas donné de connaître et de calculer d'avance ce que l'expérience seule pouvait révéler (1).

Notre législation civile remonte à près d'un siècle.

1. *Discours préliminaires*, Fenet, I, p. 469.

cle, et depuis la confection du Code, la marche constante des idées d'une part, des transformations économiques de l'autre, ont amené une modification profonde de certaines institutions ou l'apparition de certains contrats que n'ont pu prévoir les rédacteurs de ce Code.

Sans doute, le législateur moderne, en ces derniers temps surtout, a apporté des modifications importantes ou des compléments nécessaires aux dispositions législatives qui n'étaient plus au niveau de nos idées et de nos besoins.

Mais il faut dire que beaucoup de ces modifications sont incomplètes ; dans sa hâte de donner satisfaction à des réclamations pressantes, le législateur a souvent sacrifié l'étendue de ses réformes à la promptitude du résultat ; il a délaissé parfois une étendue d'ensemble pour faire aboutir une question de détail : c'est ainsi que beaucoup de lois récentes ne sont que des fragments détachés de projets plus vastes restés en souffrance comme autant d'*impedimenta*, arrêtés par leur importance même.

De ces lacunes, il résulte que des questions d'une portée pratique considérable attendent encore la consécration, ou tout au moins la réglementation législative. Des conventions nouvelles dont l'utilité est incontestable, dont la légalité n'est plus contestée, mais dont la nature est mal

définie, sont soumises au juge qui, dans le silence des textes, ne peut que recourir aux principes généraux.

L'application de ces principes devient alors difficile. Dans un intéressant mémoire lu à l'Académie des Sciences morales et politiques le 23 décembre 1865, M. Batbie disait à ce sujet :

« La jurisprudence s'efforce d'abord, par une interprétation aussi large que possible, de plier les textes aux besoins nouveaux ; mais un moment arrive, tôt ou tard, où ce procédé est impuissant parce que le texte résiste, qu'il est impossible de le plier, même de le tourner, et qu'il faut l'appliquer ou le briser. Les ressources de la jurisprudence sont vite épuisées, et les remaniements de la législation deviennent nécessaires après quelques années. »

Aussi, avec une hardiesse d'interprétation appuyée sur un souci constant de l'équité, M. Labbé disait-il à propos d'une convention de ce genre, l'assurance sur la vie :

« Le résultat est bon, socialement bon ; les moyens employés pour l'atteindre sont justes. Si un principe s'y oppose, il doit être infléchi et comme courbé... L'assurance doit être encouragée, les principes du Code civil doivent être *accommodés* à son existence (1). »

1. Note sous Riom, 8 juillet 1890. Sir. 1891, 2, 185.

Cette nécessité « *d'accommoder* » les **principes** généraux à des contrats sur lesquels l'attention du législateur ne s'est pas encore portée, nous la rencontrons chaque jour, à propos des nombreuses conventions auxquelles donnent lieu les hypothèques et les privilèges, notamment à l'occasion de la cession d'antériorité.

Le contrat que nous allons étudier, appartient en effet à cette catégorie de stipulations usuelles, inventées par les praticiens relativement à l'hypothèque, stipulations souvent indécises, mal définies, et qui, procédant d'une source commune, ne sont pas toujours suffisamment distinguées par la doctrine.

Diverses comme les nécessités auxquelles elles répondent, ces conventions ont cela de commun que toutes sont nées de la pratique ; œuvre de ce qu'on pourrait appeler le droit coutumier moderne, elles se sont développées lentement, en dehors et sans le secours de la loi. Celle-ci, pendant longtemps, a ignoré jusqu'à leur nom. Et si, dans la seconde moitié de ce siècle, le décret du 28 février 1852 sur les Sociétés de Crédit Foncier, prévoit dans ses articles 8 et 20, la subrogation consentie par la femme de l'emprunteur au profit de la société créancière ; si, dans son article 9, la loi du 23 mars 1855 soumet à certaines conditions de forme et de publicité les subrogations

faites par la femme mariée au profit d'un tiers ; enfin, si la loi du 13 février 1889 détermine les effets de la renonciation par la femme à son hypothèque légale, au profit de l'acquéreur, ce sont là des documents législatifs isolés et incomplets.

Sans établir aucun principe général, sans rien dire de la nature, du caractère, ni souvent des effets des contrats en question, ces lois se bornent à régler des points de détail. D'ailleurs leur portée n'est que relative : elles ne visent que l'hypothèque légale des femmes mariées.

Si les conventions dont nous parlons ont toutes la même origine, elles ont aussi le même but ; toutes, elles répondent à une préoccupation de crédit, ce besoin toujours croissant des sociétés modernes. Quelle que soit la combinaison sous laquelle elles se présentent : subrogation ou cession d'hypothèque, cession d'antériorité ou de rang, promesse d'abstention, renonciation à hypothèque, elles ont toujours pour but soit de transférer à des tiers, en tout ou en partie, le bénéfice de la garantie du créancier cédant, soit d'affranchir le crédit du débiteur de l'entrave causée par cette garantie.

Cette communauté d'origine et de but a fait souvent comprendre toutes ces conventions sous un même nom générique, mal choisi d'ailleurs,

celui de « subrogation » à l'hypothèque ou au privilège.

De cette confusion de langage reproduite par la loi elle-même (art. 9, l. 23 mars 1855) faut-il conclure que ces conventions peuvent se ramener à un type commun ?

Les aspects sous lesquels elles se présentent dans la pratique, manquent souvent de précision ; le vague règne en cette matière. La terminologie s'en ressent. Les dénominations données à ces conventions sont parfois prises les unes pour les autres. Avec leurs redondances habituelles, les rédacteurs des actes destinés à les constater, accumulent souvent, pour exprimer la même idée, des termes dont la synonymie paraît douteuse. Enfin, le législateur lui-même n'a pas tenté de les analyser et de les classer en les différenciant.

Cependant, s'il est vrai de dire que ces combinaisons sont toutes des subrogations *latissimo sensu* (1) en ce sens que celui qui traite avec le

1. Les conventions dont il est ici question sous le nom de « *Subrogations* » ne doivent pas être confondues avec la véritable subrogation du Code civil, celle des articles 1249 et suiv. qui suppose toujours un paiement. C'est que le mot « *Subrogation* » a été détourné de son acception juridique par les praticiens qui l'ont appliqué aux combinaisons imaginées par eux. Ainsi, tantôt, il est employé dans un sens vague et peu précis, pour désigner indifféremment toutes les conventions de cession de droits, privilèges et hypothèques : cession du droit d'exercer la créance elle-même avec l'hypothèque qui la garantit, ces-

créancier lui est toujours substitué dans une mesure plus ou moins large, et que par suite, il est appelé éventuellement à bénéficier de la garantie que lui cède ce créancier, il faut ajouter que chacune de ces conventions a son utilité propre. Chacune se présente dans des circonstances spéciales et produit des effets spéciaux. N'est-ce pas dire que chacune a son existence et sa physionomie particulières qui permettent de l'envisager isolément ?

De ces conventions, nous allons étudier ici celle que les praticiens désignent sous les noms de « *cession d'antériorité, cession de priorité, cession de rang* » ou quelquefois de « *consentement à antériorité* ».

La cession d'antériorité, ou cession du rang hypothécaire, de même que la subrogation ou cession de l'hypothèque, reçut à son origine, une application limitée presque exclusivement à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Puis, tandis que la subrogation, tout en devenant d'un usage journalier, restait spéciale à cette catégorie d'hypothèque, la cession d'antériorité, au con-

sion de l'hypothèque isolément, cession d'antériorité, renonciation à l'hypothèque, promesse d'abstention, etc... Tantôt au contraire, il est pris dans un sens restreint, et sert alors à qualifier la cession isolée de l'hypothèque.

Pour éviter toute confusion, ce sera avec cette dernière acception précise que nous emploierons le mot subrogation.

traire, se généralisait en s'adaptant aux hypothèques conventionnelles et aux privilèges sur les immeubles. Sur ce nouveau terrain, où elle répondait mieux à l'intention des parties que la subrogation, elle n'a pas tardé à prendre une extension qu'elle ne pouvait avoir dans le domaine de l'hypothèque légale de la femme où elle était supplantée par la subrogation.

Toutefois, hâtons-nous de dire que cette distinction des rôles respectifs des deux sortes de conventions ne doit pas être entendue d'une façon absolue : elle n'est que l'indication du *plerumque fit*. On conçoit en effet la subrogation appliquée à une hypothèque quelconque, et on rencontre des exemples de simples antériorités consenties par des femmes au sujet de leur hypothèque légale.

Quoi qu'il en soit, la cession d'antériorité a pris dans la pratique une place dont l'importance échappe à la plupart des auteurs. Presque tous, invoquant sa rareté, n'en parlent que d'une façon accessoire, en étudiant la subrogation. Et cependant, cette convention constitue un puissant moyen de crédit dont l'emploi devient quotidien ; elle n'est pas seulement connue du monde des affaires, elle se répand dans le public, et chaque jour, le regard se heurte à des annonces de ce genre : « *Terrain à vendre avec ou sans antériorité..* »

L'absence de disposition législative n'est pas la seule raison des difficultés de notre sujet : Une autre cause d'incertitude provient, croyons-nous, de ce que la doctrine et la pratique ne marchent pas toujours d'accord en cette matière. Les auteurs, en général, ne se sont pas fait une idée bien précise de la cession d'antériorité qu'ils n'ont considérée que comme l'une des faces de la subrogation, avec laquelle ils l'ont même souvent confondue. Les praticiens, d'autre part, ne l'ont pas toujours rattachée aux principes d'où elle découle.

Constatons enfin que le silence de la loi ne peut ici, être suppléé par la tradition historique, les jurisconsultes romains et les auteurs de l'ancien droit n'ayant que très vaguement soupçonné la convention dont nous nous occupons.

Mais, la cession de rang étant une combinaison inventée par les praticiens, l'importance de la jurisprudence en cette matière se trouve être considérable. C'est à l'abri de sa consécration que la convention s'est développée ; c'est par ses efforts, réunis à ceux de la pratique et de la doctrine, qu'elle s'est organisée ; enfin, l'importance et la fréquence de ses décisions précisent chaque jour les règles constitutives de la matière. On ne s'étonnera donc pas de la place attribuée dans ce travail à la critique de ses solutions. Cependant, si dans notre étude, nous devons tenir grand

compte des décisions judiciaires intervenues, nous nous efforcerons de rattacher, comme on l'a dit, les décisions aux principes, et non les principes aux décisions.

Pour essayer de dégager la cession d'antériorité de la pénombre qui subsiste encore sur la subrogation à l'hypothèque légale des femmes, comme aussi pour avoir égard aux conditions de forme et de publicité imposées par la loi aux conventions relatives à cette hypothèque, nous diviserons cette étude en deux parties :

Contrairement au procédé suivi par les auteurs, nous étudierons d'abord la cession d'antériorité d'une façon générale, c'est-à-dire en la considérant dans les conditions sous lesquelles elle se présente d'ordinaire en pratique, sans nous préoccuper des cas assez rares, où elle affecte l'hypothèque légale de la femme mariée. Puis, dans une partie spéciale, nous envisagerons son application à cette dernière hypothèque.

Nous espérons ainsi, tout en montrant la convention telle qu'elle est comprise dans le monde des affaires où elle est née, en indiquer le but et les applications, en préciser la nature juridique, les caractères et les effets, comme aussi les règles auxquelles elles est soumise.

On contestera, sans doute, quelques-unes de nos solutions. La controverse est facile dans une ma-

tière où l'intention des parties joue le principal rôle. Mais, si nous avons suffisamment signalé quelques-unes des difficultés qui ne sont pas encore sorties du domaine de la pratique, nous aurons rempli notre but.



PARTIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE LA CESSIÖN D'ANTÉRIORITÉ.

Définition. — Interprétation de la volonté des parties.

— Interversion de l'ordre dans lequel s'exercera le droit de préférence. — Chaque créancier conserve sa créance et son hypothèque. — Examen des divers systèmes proposés. — Opinions qui assimilent la cession d'antériorité à la subrogation. — Réfutation; parallèle entre la cession de rang et la subrogation. — Théories qui font de la cession de priorité un transport de créance. — Opinion d'après laquelle la cession d'antériorité serait une cession éventuelle de la collocation à obtenir; décision du Ministre des Finances du 7 juin 1808. — La cession d'antériorité n'est pas un nantissement — ni une simple promesse d'abstention. — C'est un contrat *sui generis*.

On appelle *cession d'antériorité*, *cession de priorité*, *cession de rang* ou encore *consente-*

ment à antériorité, la convention par laquelle un créancier hypothécaire ou privilégié, inscrit sur un immeuble, abandonne son rang à un autre créancier ayant hypothèque sur le même immeuble, mais avec un rang postérieur.

Le créancier premier inscrit (nous l'appellerons le *cédant*) consent ainsi que dans tout ordre, amiable ou judiciaire, ayant pour objet le prix de l'immeuble grevé, le créancier postérieur (nous le nommerons le *cessionnaire*) qu'il fait bénéficier de la priorité de son rang, soit colloqué à ce rang pour sa créance, par préférence à lui cédant. On dit, dans le langage de la pratique, que le cédant consent que son inscription « *soit primée* » par celle du cessionnaire.

Quelle est donc la nature juridique d'un pareil contrat? Quels en sont les caractères et les effets?

Les textes ne pouvant nous fournir la réponse, il nous faut la demander aux parties elles-mêmes, c'est-à-dire interpréter leur volonté. La convention, avons-nous dit, n'a pas été créée par la doctrine, et d'après une théorie savamment établie, elle est née des faits, des besoins de la pratique, et s'est développée sans autre règle que le respect des principes généraux, sans autre guide que son but. De cette origine, il résulte qu'en cette matière, l'intention des parties doit être prépondérante et que c'est elle qui doit déterminer l'objet précis du

contrat dont nous nous occupons. Cherchons donc notre principe dirigeant dans l'observation et l'analyse des faits.

Qu'ont voulu faire les contractants ?

Pour permettre à son débiteur d'offrir au nouveau créancier avec lequel il traitait, une garantie plus efficace, le créancier antérieur, tout en conservant sa créance et son hypothèque, a consenti à faire bénéficier de l'avantage de son rang hypothécaire le créancier subséquent, et à prendre pour sa propre créance le rang moins favorable devant appartenir à ce dernier.

Par cette interversion de rangs, les parties modifiant une situation préexistante, ont apporté une dérogation à l'ordre fixé par les articles 2134 et suivants du Code civil, pour l'exercice de leurs droits hypothécaires respectifs. Elles ont voulu que le rang qui précédemment assurait le paiement de la créance du cédant, assurât désormais celui de la créance du cessionnaire, sauf réciprocité. Or, le rang, c'est ce qui détermine la collocation du créancier *par antériorité* à tous les créanciers postérieurs, c'est le degré, de préférence de l'hypothèque ; c'en est la qualité dominante. C'est de cette qualité, mais de cela seulement que le premier créancier a entendu faire bénéficier celui qui a stipulé l'antériorité. Qu'un ordre vienne à s'ouvrir sur le prix de l'immeuble grevé, le cession-

naire mettant à profit la cession de priorité qu'il a obtenue, exercera son droit hypothécaire, c'est-à-dire son droit de préférence, aux lieu et place du cédant ; il sera, pour sa créance, colloqué au rang où le cédant l'aurait été pour la sienne, et réciproquement. En définitive, la créance du cessionnaire sera payée à la place de celle du cédant et avec les deniers qui auraient servi à éteindre celle-ci. Quant à cette dernière, elle ne sera payée que s'il reste des fonds libres au rang hypothécaire qu'avait originairement le cessionnaire, rang auquel elle se trouve rejetée. Tel est le but visé par les parties ; elles n'ont rien voulu davantage.

On voit que des deux éléments qui constituent l'hypothèque, droit de suite et droit de préférence, ce dernier seul est affecté par la convention d'antériorité. Il est atteint, puisque le premier créancier sera désormais primé par celui qui lui était postérieur ; mais, s'il est affaibli, il n'est pas complètement épuisé : Que le cessionnaire, le cas échéant, vienne à faire usage, pour sa créance, du rang qui lui a été abandonné, le cédant ne deviendra pas pour cela créancier simplement chirographaire ; il n'a pas fait un abandon pur et simple de son rang, mais seulement un échange qui lui permettra de faire valoir sa propre hypothèque au rang, bon ou mauvais, qu'avait celle du cessionnaire. Il se pourra qu'en fait, et par suite de la

cession de priorité, cette hypothèque devienne inefficace, les fonds venant à manquer sur un créancier intermédiaire ; mais l'éventualité de ce résultat ne change en rien la nature de la convention ; il n'en reste pas moins vrai de dire que le cédant conserve son hypothèque.

Ainsi, chacun des contractants reste maître à la fois, et de sa créance et de son hypothèque, celle-ci restant attachée à celle-là comme par le passé. Le droit de préférence lui-même n'est pas abandonné d'une façon complète et absolue ; l'ordre dans lequel il s'exercera est seulement interverti, et par suite, la valeur de la garantie de l'une des créances est augmentée de ce dont l'autre est diminuée.

L'objet de la convention n'est donc ni la créance, ni l'hypothèque en son entier, c'est seulement le rang de cette garantie, c'est-à-dire l'ordre des collocations futures. En résumé, la cession d'antériorité produit un échange de rangs entre les créanciers hypothécaires : l'un monte au rang de l'autre qui descend prendre le sien.

Cette conception de la cession d'antériorité, comme fait juridique à part, ayant son existence propre, n'a pas été admise par tous les esprits. La plupart des auteurs n'ont pas reconnu à cette convention un caractère aussi précis. Mais, ainsi qu'il arrive toutes les fois que la loi n'offre pas le

secours de dispositions précises, les opinions les plus variées se sont produites ; et chaque auteur a proposé son système. Il nous faut donc examiner les diverses théories émises à ce sujet, voir en quoi chacune d'elles se rapproche ou s'éloigne des notions que nous venons d'exposer, et déterminer ce qu'elles présentent d'exact ou de défectueux. L'analyse de ces systèmes, en faisant ressortir les différences qui les séparent des principes posés ci-dessus, aidera à mettre pleinement en lumière la nature juridique que nous attribuons à la cession d'antériorité (1).

1. V. Persil, *Régime hypoth.*, art. 2180, n° 22.

Rolland de Villargues, *Répert. du notariat*, II, p. 92.

Championnière et Rigaud, *Traité des droits d'enregistrement*, n° 1255 et suiv.

Troplong, *Transcr.*, n° 324.

Valette, *Priv. et Hyp.*, n° 129.

Gauthier, *Traité de la subrogation de personnes*, n° 565, p. 597.

Benech, *Le nantissement appliqué aux droits, créances et reprises de la femme*, p. 48.

Bertauld, *De la subrog. à l'hyp. lég. des femmes mariées*, 2^e édition, n° 21, p. 46, 47 et 48.

Massé et Vergé sur Zachariæ, t. V, p. 244, § 826, note 5.

Pont, *Priv. et Hyp.*, t. II, n° 334.

Beudant, *De la subrogation aux droits d'hypothèques et des sous-ordres* ; *Rev. critique*, 1866, 1^{er} vol., p. 223.

Rivière et Huguet, *Quest. sur la transcr.*, n° 382.

Colmet de Santerre (contin. de Demante), *Cours analytique de C. C. Priv. et Hyp.*, n° 75 bis, XVI.

Aubry et Rau, III, § 288, p. 456, note 3.

Martou, *Priv. et Hyp.*, n° 932 et suiv.

Nous devons faire remarquer tout d'abord que si beaucoup d'auteurs n'ont pas suffisamment individualisé la cession de priorité, cela s'explique par ce fait qu'ils l'examinaient à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme mariée, c'est-à-dire dans une matière obscure, où elle ne reçoit que rarement son application pratique, et où il est souvent difficile de la distinguer d'autres conventions relatives à la même hypothèque.

C'est ainsi que dans sa remarquable étude, M. Beudant (1) assimile presque complètement la cession de priorité et la subrogation, ou cession de l'hypothèque elle-même. Poussé par la nature de son travail à la synthèse, notre regretté professeur s'efforçait de ramener les divers traités relatifs à l'hypothèque légale de la femme à un type originaire, la subrogation. Considérant toutes ces opérations à un même point de vue, il laissait de côté les particularités de chacune d'elles pour n'en retenir que les caractères communs. Dès lors, la

Laurent, *Princ. de dr. civ.*, t. 31, chap. 7, n° 330.

Mourlon, *Transcr.*, II, n° 933 à 945.

Thezard, *Du nantissement, des priv. et hyp.*, n° 109 et suiv.

Verdier, *Transcr.*, II, n° 721.

Baudry Lacantinerie, *Précis de dr. civ.*, III, n° 1235, et *Traité des Priv. et Hyp.*, II, n° 907.

Merignhac, *Contrats relatifs à l'hyp. lég. de la femme mariée*, n° 116 et suiv.

Vigé, *Dr. civ. franc.*, n° 1543.

1. Beudant, *op. cit.* N° 47, 48 et 52.

diversité de ces conventions n'est qu'apparente ; seules les formes et les dénominations varient suivant les circonstances, le fond des choses reste le même. Si on envisage ces traités au point de vue de leurs résultats habituels, observe M. Beudant, on voit qu'ils ne constituent qu'un seul et même contrat : « Ces combinaisons, dit-il, quelques formes qu'elles affectent, quelque dénomination qu'on leur donne, ne diffèrent entre elles ni au point de vue de leur caractère juridique, ni au point de vue de leurs résultats habituels ; elles ne sont que des applications diverses d'une seule et même opération. Ce qui varie et les sépare, ce n'est pas le caractère de la convention, ce sont seulement les circonstances dans lesquelles elle intervient. On l'appelle cession d'antériorité quand le cédant et le cessionnaire, étant tous deux créanciers hypothécaires du même débiteur, dérogent à l'ordre résultant de leurs titres respectifs, et se cèdent réciproquement, en les échangeant, leurs droits hypothécaires. On l'appelle subrogation ou cession quand elle intervient au profit d'un créancier simplement cédulaire... Mais quelque forme et quelque nom que lui donne la volonté libre des parties ou qu'imposent les circonstances, la combinaison est toujours identique... C'est-à-dire, en définitive, que toutes ces conventions, différentes si

« l'on observe les circonstances dans lesquelles
« elles interviennent, sont identiques et se rédui-
« sent à une, si l'on envisage leurs éléments cons-
« titutifs et leurs résultats pratiques ; et il serait
« fort à souhaiter, pour la rectitude des idées et
« la sécurité des intérêts engagés, que l'on se
« déshabituât d'employer des dénominations mul-
« tiples pour désigner une seule et même opéra-
« tion. »

Ainsi, la cession d'antériorité ne serait qu'une variété de subrogation ; ce serait une subrogation stipulée au profit d'un créancier déjà hypothécaire ; et conséquemment, M. Beudant déclare que dans tous les cas, le subrogé fait valoir à son profit exclusif l'hypothèque du créancier cédant. Or, c'est là, nous le verrons, un résultat spécial à la subrogation.

Si cet auteur assimilait à la subrogation la cession de priorité, comme en général toutes les conventions concernant l'hypothèque de la femme, il se gardait toutefois de les confondre, et il reconnaissait que chaque combinaison répond à des vues spéciales et correspond à des situations particulières. Avec Gauthier, au contraire, il n'y a plus deux variétés d'une même convention, mais un seul mode de contrat toujours le même ; l'identification est absolue. C'est du moins l'opinion qui se dégage de son ouvrage si l'on s'en tient aux termes mêmes ;

« Je me trouve naturellement amené, écrivait ce
« jurisconsulte, à parler d'une espèce de subroga-
« tion *sui generis*, celle qui consiste dans la ces-
« sion du rang que le privilège ou l'hypothèque
« assigne à la créance, qu'on nomme aussi cession
« d'antériorité et encore, mais improprement, ces-
« sion de l'hypothèque » (1).

Repoussant la cession isolée de l'hypothèque, l'auteur que nous citons admet sans difficulté la cession de priorité ; et il ajoute que c'est même en ce sens qu'il faudra entendre, la plupart du temps, les conventions de subrogation. Ainsi, la cession de l'hypothèque légale de la femme au profit du créancier du mari, c'est-à-dire la subrogation qu'elle consent en sa faveur, ne constitue pas autre chose qu'un simple changement de rang.

Toutefois, bien qu'ainsi formulée en termes précis, la confusion des deux opérations nous semble plus apparente que réelle ; elle est tout entière dans les mots. On ne dit pas que céder l'hypothèque, ou céder seulement le rang, ce soit la même chose, mais n'admettant pas la cession isolée de l'hypothèque, on considère que seule, la cession d'antériorité est valable. Dès lors, dire que la subrogation ne vaut que comme cession de rang, c'est dire qu'elle n'est pas une véritable subroga-

1. Gauthier, *op. cit.*, n^{os} 561 et 565.

tion, mais seulement une cession de priorité mal qualifiée ; ce n'est pas confondre les deux opérations, c'est n'en admettre qu'une seule.

Mourlon (1), lui non plus ne voit aucune différence entre la cession d'antériorité et la cession de l'hypothèque elle-même. L'antériorité, pas plus que la subrogation, ne s'analyse en un simple engagement personnel ; dans les deux cas, suivant cet auteur, l'hypothèque est transmise au cessionnaire, en ce sens tout au moins que la convention lui transfère éventuellement le montant de la collocation du cédant. Donc, céder l'antériorité, ce n'est pas seulement consentir une interversion de rangs, c'est en réalité céder l'hypothèque elle-même. Mais au principe ainsi formulé, le savant jurisconsulte s'empresse d'apporter un correctif, et il ajoute que l'hypothèque est cédée, « sinon en « totalité, du moins en partie, et quant à la plus « essentielle de ses prérogatives, puisque le droit « d'antériorité ou de préférence qu'on en détache, « la constitue presque entière. ».

Même ainsi atténuée, nous ne saurions partager cette opinion. Nous avons dit précédemment qu'à notre avis, le droit de préférence est affecté, il est vrai, par l'échange de rangs, mais qu'il n'est pas pour cela éteint ni « détaché » de l'hypothèque ; le

1. Mourlon, *op. cit.*, n^{os} 940 à 945.

droit de préférence n'est pas transmis d'une façon absolue, le degré en est seulement amoindri, et dire avec Mourlon que le bénéficiaire de la convention est d'ores et déjà investi de ce droit, d'une manière complète et privative qui le mette à l'abri des évènements ultérieurs, c'est comme nous l'expliquerons, dépasser l'intention réelle des parties.

Passant à l'application de son système, le savant auteur examine tour à tour les différences que l'on reconnaît généralement entre les deux sortes de conventions. Ayant assimilé celles-ci quant à leur nature, il devait logiquement les soumettre aux mêmes conditions et leur reconnaître les mêmes effets. Il n'y a point failli, et il conclut qu'au point de vue pratique, et quant à leurs résultats habituels, il n'y a aucune distinction à faire entre la cession de l'hypothèque et la cession d'antériorité (n° 945).

Un jurisconsulte belge, M. Martou, après avoir nettement distingué la cession d'antériorité de la cession de l'hypothèque, semble faire de la première un cas d'application de la seconde (1). Nous aimons à croire qu'il n'y a là qu'une apparence de contradiction due à une inexactitude de langage. L'auteur, comme toujours, ne s'occupait que de l'hypothèque légale de la femme, et l'on sait quelle

1. Martou, *op. cit.*, n° 934.

grave confusion règne en cette matière, dans les termes comme dans les idées.

Il se peut que dans telle espèce donnée, la volonté des parties n'étant pas suffisamment exprimée ou disparaissant sous une rédaction défectueuse, il soit malaisé de distinguer l'objet précis de la convention, et de savoir si elle doit s'analyser en une subrogation ou en une cession d'antériorité, telle que nous la comprenons. Mais, il n'y a là qu'une question de fait, et la difficulté est fréquente pour tous les contrats dont la nature et les effets n'ont pas été réglementés par la loi. Cette incertitude accidentelle ne doit pas faire confondre deux conventions parfaitement distinctes. Quand les contractants ont nettement déclaré faire une cession d'antériorité, ils ont eu en vue tout autre chose qu'une cession de l'hypothèque. Il se peut encore que par suite de certaines circonstances, l'antériorité conduise au même résultat que la subrogation : l'une et l'autre, par exemple, peuvent entraîner la perte de la créance du cédant. De ce qu'elles peuvent avoir occasionnellement les mêmes conséquences, ce n'est pas encore une raison suffisante pour repousser toute distinction entre elles.

Bien que confondues ou tout au moins assimilées l'une à l'autre par les auteurs que nous venons de citer, les deux opérations nous apparaissent profondément différentes.

Elles ont, il est vrai, quelques points communs ; la subrogation, comme la cession d'antériorité, procèdent d'une même idée, la consolidation de la garantie d'une créance au détriment d'une autre ; leur existence à toutes deux est subordonnée à une même condition, le maintien de l'hypothèque du créancier cédant. Là se bornent les ressemblances, et les deux stipulations se séparent dès qu'on les envisage dans leur objet et leur portée, de même que dans les conditions auxquelles elles sont soumises et dans leurs résultats pratiques.

La subrogation, en donnant à ce mot le sens étroit que nous avons précisé, est une cession de l'hypothèque. Celle-ci est détachée d'une créance pour être rattachée à une autre, généralement cédulaire, mais qui pourrait être elle-même déjà garantie par hypothèque. Le créancier qui a consenti la subrogation devient donc chirographaire ; il est dessaisi de tous ses droits hypothécaires qui vont recouvrir la créance du subrogé. Désormais, celui-ci exercera ces droits en son nom personnel, pour obtenir le paiement de sa créance. Si, contrairement à la règle générale, la créance du subrogé était déjà garantie par une hypothèque, cette dernière lui serait conservée, en sorte qu'on aurait ainsi deux hypothèques assurant une seule et même créance. Pour être moins utile que dans l'hypothèse habituelle, l'avantage procuré au bé-

néficiaire de la convention n'en apparaît pas moins, non seulement il est vrai de dire avec le vieil adage que ce qui abonde ne nuit pas, mais encore la seconde hypothèque, venant s'ajouter à la première, le subrogé pourra, suivant les circonstances, exercer l'une ou l'autre des deux garanties. On conçoit qu'il ait intérêt à se prévaloir de la subrogation, pour échapper par exemple aux effets de la nullité dont est frappée son hypothèque originale (1).

Au contraire, en cas de cession d'antériorité, il n'y a pas transmission de l'hypothèque, mais seulement interversion des rangs. Chaque hypothèque reste attachée à sa créance et continue de la garantir, mais avec une efficacité différente. Et cela est vrai, non seulement au point de vue du droit de suite dont nous n'avons pas à nous occuper ici, mais même à l'égard du droit de préférence ; nous avons expliqué en effet, qu'à nos yeux, la cession d'antériorité ne comprend pas, à vrai dire, une véritable transmission, une cession absolue de ce droit de préférence. D'où résulte ceci : ce ne sera pas l'hypothèque du cédant que le cessionnaire exercera pour produire à l'ordre, ce sera sa propre hypothèque, la seule dont il soit titulaire ; mais il la fera valoir au rang qu'occupait celle du cédant.

1. V. Cass. Civ. 25 juillet 1860. D. 60-1-330.

La portée de la convention n'est donc pas la même dans les deux cas ; ici, nous n'avons qu'une substitution dans la prééminence d'une sûreté supérieure, là nous trouvons une acquisition de la sûreté elle-même. Les effets de la cession d'antériorité sont moins étendus que ceux de la subrogation, et comme nous le dirons plus loin (Chap. III), on comprend que la validité de la première n'ait fait l'objet d'aucune difficulté alors que celle de la seconde soulevait de si vives résistances.

La différence que nous venons d'établir n'est pas, comme on pourrait le croire, purement théorique. Elle présente relativement aux conditions d'existence et aux effets de chacune des deux conventions, des conséquences pratiques très importantes. Les exposer ici serait anticiper sur l'étude des matières où elles se présentent ; ce serait détruire la marche normale de notre travail. Nous nous efforcerons de les mettre en lumière quand nous aurons à examiner les points sur lesquels elles portent.

Ce que nous avons dit ici suffit à montrer que confondre la subrogation et l'antériorité, en attribuant à celle-ci les mêmes effets qu'à celle-là, c'est étendre démesurément le but visé par les parties, c'est méconnaître leur intention.

Nous adresserons le même reproche, avec plus de force encore, à l'opinion qui voit dans la ces-

sion de priorité une cession de la créance elle-même. Les défenseurs de ce système ne font pas tous l'assimilation de la même manière, et ne l'admettent pas toujours avec la même étendue.

La théorie qui fait de la cession d'antériorité un véritable transport de créance, a été émise par M. Bertauld qui l'explique de la façon suivante : Il n'y a pas de différence entre la cession de priorité et la cession de la créance hypothécaire, car l'échange de rang avec la femme n'a de valeur que parce que la reprise est elle-même éventuellement transmise, et que le bénéficiaire de la priorité acquiert sur cette reprise un droit indépendant du fait du titulaire primitif (1).

Sous la plume de cet auteur, cette opinion était la conséquence logique de l'exagération d'un principe. Le lien qui unit l'hypothèque à la créance, est tellement étroit, disait M. Bertauld, que le rang lui-même n'en peut être cédé ; pour assurer au cessionnaire la sécurité qu'il cherche dans l'antériorité, il faut donc que le cédant lui consente un transport éventuel de sa créance.

En réalité, cette thèse, encore ici, n'aboutit pas à assimiler les deux conventions, mais à dénier toute valeur à la cession d'antériorité si elle n'est appuyée sur une cession de la créance, cession

1. Bertauld, *op. cit.*, n° 21, 23 et 24.

qui l'absorbe et par suite la rend inutile. Cela ressort d'une façon plus évidente de l'opinion formulée par la Faculté de Caen, lors des travaux de réforme hypothécaire de 1849 : « Si le créancier
« veut céder son rang, il faut qu'il cède la créance
« elle-même, ou au moins qu'il l'affecte à titre de
« nantissement, car c'est sur cette créance que
« s'imputeront toutes les collocations obtenues à
« l'aide du privilège ou de l'hypothèque ; ces col-
« locations épuiseront le droit du créancier pri-
« mitif comme s'il se fût lui-même présenté à
« l'ordre, comme s'il eût touché les deniers pour
« les remettre ensuite au tiers qu'il s'est substi-
« tué ; il n'aura donc plus contre le débiteur
« qu'une nouvelle action née de l'espèce de cau-
« tionnement au profit de tiers ». Ainsi, voilà qui est catégorique ; pour céder son rang, il ne suffit plus que le créancier consente une antériorité, il faut, ou qu'il fasse un transport de sa créance, ou qu'il l'affecte à titre de nantissement. N'est-ce pas supprimer la cession de priorité ? N'est-ce pas en même temps faire violence à la volonté des parties ? Pourquoi imposer à celles-ci l'obligation de recourir à des contrats dont les effets sont plus étendus que ceux cherchés ? Si les contractants avaient voulu faire un transport ou un nantissement, la chose était facile ; ils n'avaient que faire de prendre une voie détournée, et de recourir à

l'échange de rangs. Le système que nous venons d'exposer revient à dire aux parties : Vous ne pouvez pas faire une cession d'antériorité, faites donc une cession de créance ou un nantissement. N'est-ce pas aller au-delà de leur intention ?

Un jugement prononcé par le tribunal civil d'Angoulême, le 13 janvier 1885 (1), et un arrêt rendu par la Cour de Caen, le 26 mars 1888 (2), paraissent faire allusion à la doctrine que nous combattons. Mais ils ne vont pas jusqu'à la consacrer, puisqu'ils se bornent à établir que la cession d'antériorité peut, en fait, aboutir au même résultat que la cession de la créance elle-même.

D'après une opinion moins accentuée, l'échange des rangs hypothécaires impliquerait non plus un transport de la créance proprement dite, mais seulement une cession éventuelle de la collocation que procurera le rang du premier créancier. Envisageant spécialement les conséquences de la convention qui nous occupe, certains auteurs ont tenu le raisonnement suivant : par l'effet de la cession d'antériorité, un créancier va recevoir un paiement que peut-être il n'eût point reçu sans elle, et cela, au détriment de la créance de son co-contractant ;

1. Angoulême, 13 janvier 1885. *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, juillet 1885, n° 7138.

2. Caen, 26 mars 1888. *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, mai 1888, n° 7832.

le cessionnaire va se trouver désintéressé au moyen de deniers qui étaient affectés à la créance du cédant, et les fonds qu'il recevra étaient ceux destinés à ce dernier. L'opération s'analyse donc, en réalité, sinon en une cession de la créance du cédant, du moins en une cession éventuelle de la collocation à obtenir en vertu de son droit de préférence.

Cette thèse à laquelle paraissent s'être ralliés MM. Mourlon et Verdier (1) n'est pas nouvelle, et elle a eu une conséquence fiscale assez curieuse.

Une décision de l'Administration de l'Enregistrement du 31 décembre 1807 (2), avait reconnu que la cession d'antériorité n'était qu'un simple échange de rangs, ne donnant lieu qu'au droit fixe, et ne pouvait être considérée comme une cession de créance soumis au droit proportionnel. Si la Régie tranchait alors la difficulté, c'est donc que déjà, l'opinion que nous avons énoncée avait été formulée. Elle fit d'ailleurs vite fortune, puisque quelques mois plus tard, elle triomphait. Une décision du ministre des finances du 7 juin 1808 (3), vint, en effet, dénaturer le sens de la décision pré-

1. Mourlon, *op. cit.*, n° 935 et 936 ; Verdier, *op. cit.*, n° 727.

2. V. Guichard. *Jurispr. hyp.*, I, p. 417.

3. V. *Dict. du Notar.* V. *Cession d'antériorité*, n° 14, et Rolland de Villargues, *Repert. du Notar.*, II. V. *Cession d'antériorité*, n° 11.

cédente en la restreignant au cas où les deux créanciers sont intégralement payés. Si donc, par l'effet de la convention, le cédant n'est pas utilement colloqué, tandis que le cessionnaire reçoit un paiement que sans elle il aurait vainement demandé, le premier créancier se trouvera avoir cédé sa créance. Il y aura, au profit du cessionnaire, et pour la somme dont l'antériorité le fait bénéficier, une acquisition de droits mobiliers, acquisition donnant ouverture au droit proportionnel. Comme conséquence de cette manière de voir, il était recommandé aux préposés de la Régie de faire avec soin sur le sommier, les mentions nécessaires, et de s'assurer ultérieurement si les deux créanciers étaient utilement colloqués (*Instruction Générale de la Régie du 29 juin 1808*, n° 386, II).

L'esprit fiscal qui n'est pas toujours d'accord avec la logique, tirait habilement parti des apparences. Il est, en effet, bien vrai de dire que le créancier qui a stipulé l'antériorité, obtient, par l'effet de cette convention, un paiement que peut-être il n'eut point reçu sans elle ; nous ajoutons même que ce résultat correspond à ses prévisions, et justifie les précautions dont il s'est entouré. Mais, ce n'est pas suffisant pour considérer l'avantage résultant de la cession de priorité, comme étant nécessairement l'effet d'une cession de créan-

ce. Il se peut que les deux contrats procurent au cessionnaire le même bénéfice, cela n'empêche qu'ils soient différents quant à leur nature et quant à l'objet transmis. D'ailleurs, comme l'ont fort bien remarqué Championnière et Rigaud (1), le résultat auquel faisait allusion la décision contenue dans l'instruction précitée, peut tout aussi bien se produire dans l'hypothèse d'une renonciation purement extinctive de l'hypothèque consentie par un créancier premier inscrit qui fait mainlevée pure et simple de son inscription. Dans ce cas, comme dans le précédent, si le prix de l'immeuble est insuffisant pour désintéresser tous les créanciers, il se trouvera toujours un créancier postérieur, le dernier colloqué utilement, à qui l'opération procurera un avantage, puisqu'il recevra un paiement que sans elle il eût vainement réclamé. Et cependant, on ne peut pas dire alors qu'il y ait une cession quelle qu'elle soit.

Au point de vue fiscal même, la décision du 7 juin 1808 est vivement critiquée. C'est que, d'après l'article 2 de la loi du 22 frimaire an VII, c'est la nature des actes et mutations, c'est-à-dire les effets qui découlent de la substance même de la convention et non les circonstances extrin-

1. Championnière et Rigaud. *Traité des droits d'enregistrement*, n^{os} 1255 et 1256.

sèques, qui déterminent le droit à percevoir (1).

Si, comme on le prétend d'une façon plus ou moins catégorique, la cession de priorité était identique au transport de la créance, il en résulterait deux choses : d'une part, celui qui a consenti l'antériorité, perdrait la propriété de sa créance ; de l'autre, le paiement de la collocation du cessionnaire éteindrait la créance cédée. En est-il réellement ainsi ? Nullement, puisque c'est en vertu de ses droits propres que celui qui a stipulé la priorité se fait colloquer à l'ordre ; c'est de sa propre créance qu'il réclame et qu'il obtient le paiement ; la créance du cédant subsiste donc et reste lui appartenir. Sans doute, la garantie en est affaiblie, le recouvrement en est peut-être compromis ; cependant elle n'est pas éteinte. Que le débiteur revienne à meilleure fortune, et le créancier qui a cédé la priorité pourra encore se prévaloir de sa créance.

Enfin, une cession de créance ne peut exister sans prix, ou comme le dit Benech, sans une juste cause qui en soit l'équivalent, telle que donation, échange, constitution de dot, etc... Or, en règle générale, nous ne trouvons rien de pareil dans la convention que nous étudions.

La cession d'antériorité ayant pour résultat d'as-

1. *Dict. des Rédacteurs. V. Affectation hypothéc., nos 41 et 42.*

surer le paiement de la créance de celui qui la stipule, on dit quelquefois qu'elle est comme une sorte de nantissement. Si les précautions de langage avec lesquelles on formule cette idée ne suffisaient pas à elles seules à démontrer qu'on entend ainsi comparer les deux contrats et non les assimiler, il nous suffirait d'ajouter que la cession de priorité ne présente aucune des formalités spéciales constitutives du gage (art. 2074, 2075 et 2076 C. c.), et qu'en dehors du cas prévu par l'article 2082 alin. 2, étranger à notre matière, il ne saurait y avoir de constitution de gage tacite. A défaut des conditions essentielles, il ne peut y avoir nantissement.

Après les systèmes qui exagèrent la portée de l'engagement pris par le créancier premier inscrit, il nous faut en citer un qui semble réduire l'objet de la cession de priorité à ce que nous appelons la *promesse d'abstention*. D'après Bénéch (1), qui peut-être a subi l'influence des anciens auteurs dans lesquels il a approfondi la matière, le créancier qui consent l'antériorité s'engage à ne pas se prévaloir de son hypothèque vis-à-vis de son cocontractant, tout en conservant les avantages de son rang vis-à-vis des autres créanciers. Il n'y a pas échange de rangs, il y a seule-

1. Bénéch, *op. cit.*, p. 38.

ment engagement par un premier créancier envers un créancier postérieur, de ne point user de son hypothèque à son préjudice, de la considérer comme éteinte à son égard.

Nous étudierons plus loin les effets de la promesse d'abstention ; toutefois, on voit dès maintenant que le but de l'antériorité va plus loin. Elle n'a pas seulement pour objet de mettre celui qui cherche en elle sa sécurité, à l'abri du préjudice que lui causerait la primauté du cédant, elle a pour but de lui permettre d'invoquer cette primauté pour sa propre créance.

Pour être complet, nous devons signaler une opinion bizarre, mais qui du moins, a le mérite de montrer à quelles erreurs peut conduire le souci exagéré d'expliquer par des faits juridiques complexes un contrat qui ne relève que de la volonté des parties. Le système auquel nous faisons allusion émane d'un praticien, M. Mauroy, qui l'a exposé dans la *Revue du Notariat et de l'Enregistrement* (1), de la façon suivante :

Après avoir, avec assurance, posé comme un principe indiscutable que l'hypothèque ne peut être transmise sans la créance, l'auteur en question envisage d'abord la convention d'antériorité au moment où elle intervient. Il déclare qu'elle n'est qu'une « simple promesse » qui actuellement

1. *Rev. du Notar. et de l'Enreg.*, 1884, n° 6974.

« n'aboutit à rien » ; ce sera seulement lorsqu'un ordre s'ouvrira pour la distribution du prix de l'immeuble que l'antériorité « sortira de sa léthargie ».

Nous faisant ensuite assister à ce prétendu réveil de la convention, l'auteur nous indique ce qui se passe alors :

Le cédant est colloqué à son rang, et les fonds afférents à sa créance, font, à due concurrence, l'objet d'une sous-collocation au profit du cessionnaire. Le cédant, ajoute-t-on, perd ainsi sa propre hypothèque, « laquelle est complètement éteinte » ; il ne peut d'autre part invoquer celle du cessionnaire, puisque d'après le principe même sur lequel est basé ce système, elle n'a pu lui être transmise, abstraction faite de la créance qu'elle garantit ; d'ailleurs, elle est éteinte par le paiement fait au cessionnaire. Le cédant devient donc « simple créancier chirographaire ». Comme ce serait là un résultat aussi dangereux pour le cédant que contraire à l'intention des parties, on imagine, pour y remédier la combinaison suivante : Le cessionnaire, qui se trouve payé au moyen des deniers qu'aurait reçus le cédant, devra subroger conventionnellement ce dernier dans ses propres hypothèque et inscription conformément à l'article 1250-1°.

C'est là une théorie qui ne peut se défendre, car

elle s'appuie sur un principe inexact, dénature l'intention des parties, et soulève des impossibilités pratiques dont son auteur ne s'est pas rendu compte. Nous ne nous y attarderons donc pas. Nous verrons au chapitre III ce qu'il faut aujourd'hui penser de la question de la cession isolée de l'hypothèque. Quant à l'extinction des deux garanties du cédant et du cessionnaire par un seul paiement, il suffit de la signaler pour la repousser. Laissons donc là ces dangers chimériques, imaginés comme à plaisir, pour faire encore ici, intervenir une subrogation.

Un système aussi contraire à la pratique habituelle ne pouvait pas ne pas émouvoir les lecteurs de la Revue où il était exposé ; aussi fut-il combattu par un autre praticien, M. de la Marnierre (1), auquel il fut facile de montrer l'inutilité de cette « subrogation *in extremis* ». Nous regrettons seulement que ce dernier auteur voulant établir à son tour la validité de la convention d'antériorité, ait, de même que M. Mauroy, posé comme principe que l'hypothèque ne peut être cédée sans la créance, et que le rang ne peut être cédé sans l'hypothèque et sans la créance. Ajoutons qu'on peut lui reprocher en outre de n'avoir pas suffisamment distingué la cession de priorité de la promesse d'abstention.

1. V. *Rev. du notari. et de l'enreg.*, 1884, n° 7018.

Que conclure de l'examen de ces différents systèmes ? Il nous semble qu'une telle divergence d'opinions prouve qu'il n'y a là qu'une série d'explications artificielles, inventées après coup, pour rattacher la cession de priorité à l'un ou l'autre des contrats réglementés par le code. Or, la pratique ne fait pas œuvre scientifique ; quand elle crée une combinaison originale comme celle dont nous nous occupons, elle se préoccupe peu de l'adapter aux formes de contrats alors existants ; elle cherche seulement à répondre à de nouveaux besoins. Si elle a imaginé la convention d'antériorité, c'est que la cession de créance, la subrogation, le gage, et toutes autres stipulations, ne pouvaient suffire aux exigences actuelles du crédit. Il est donc inutile d'édifier d'aussi savantes théories pour expliquer une combinaison dans laquelle la pratique qui l'a créée, ne voit pas tant de choses, et c'est le cas de mettre à profit ce sage conseil de M. Colmet de Santerre (1) :

« Dans le doute sur la nature d'une convention, quand sa validité est hors de cause, on doit présumer le simple plutôt que le compliqué, on doit interpréter les mots dans leur sens naturel et ne pas supposer de sous-entendus. »

Nous persistons donc à ne pas voir autre chose

1. Colmet de Santerre, *Priv. et hypoth.*, n° 75 bis X.

dans la cession d'antériorité qu'une simple modification apportée à l'ordre dans lequel s'exercera le droit de préférence. Nous sommes en présence d'une convention *sui generis*, d'un contrat innommé, qui peut présenter certains points communs avec d'autres contrats prévus et réglementés par le code, mais qui ne rentre dans aucun d'eux.

CHAPITRE II

UTILITÉ DE LA CONVENTION.

Utilité de la cession d'antériorité : Moyen de crédit pour le débiteur. — Circonstances dans lesquelles elle se produit. — Applications pratiques. — Réserve d'antériorité. — Cas exceptionnel où le débiteur est étranger à la convention d'antériorité. — Motifs qui déterminent le consentement du créancier cédant. — Différence avec la subrogation.

Ayant ainsi déterminé la nature juridique de la cession d'antériorité, il nous faut maintenant rechercher dans quelles circonstances elle se produit, quelles sont ses applications ordinaires, à quels besoins elle répond, en un mot, en expliquer la raison d'être et l'utilité pratique.

La stipulation que nous étudions s'explique par une idée de crédit : en abandonnant sa priorité de rang, le cédant permet au débiteur d'offrir au nouveau créancier une sûreté plus réelle que celle qui résulterait de l'hypothèque conférée à ce dernier. Il affranchit ainsi le crédit du débiteur de l'en-

trave que lui causait son hypothèque préexistante ; il lui facilite de nouveaux emprunts.

Ce n'est donc pas du crédit du créancier qu'il s'agit ici. Le mot « cession » généralement employé pour désigner la convention dont nous nous occupons pourrait, il est vrai, faire naître l'idée d'une véritable cession, faite moyennant un prix. Sans doute, rien ne s'oppose à ce que les parties fassent une sorte de vente ; rien n'empêche le cédant d'exiger le paiement d'une somme d'argent comme condition de son consentement à l'antériorité. Mais il faut dire qu'en règle générale, le créancier qui fait bénéficier de son rang hypothécaire un créancier postérieur ne fait pas payer à ce dernier l'avantage qu'il lui procure.

Est-ce donc que le cédant veuille gratifier le cessionnaire ? Non, tel n'est pas son but. Il n'entend pas lui faire une libéralité. Incontestablement il lui procure un avantage appréciable en assurant la sécurité de sa créance, mais ce résultat n'est pas la fin poursuivie par le cédant. Alors, pourquoi la cession de priorité ? Quels motifs ont pu déterminer les parties à faire un pacte de cette nature ? Résoudre cette question, c'est montrer par là-même, l'utilité de la cession de rang.

On peut dire qu'en règle générale, le caractère qui domine dans la convention dont nous nous occupons, c'est qu'elle est un *moyen de crédit*

pour le débiteur. C'est uniquement en vue du crédit de ce dernier que le créancier antérieur consent à céder sa place au créancier postérieur, et non dans le but d'améliorer la situation de celui-ci. Le cessionnaire, il est vrai, ne cherche dans l'opération que son intérêt personnel, la garantie de sa créance qu'il veut aussi solide que possible. Mais la cession d'antériorité est rarement un acte isolé ; elle se produit généralement à l'occasion d'autres contrats dont le résultat final est toujours pour le débiteur.

Voilà qui tout d'abord peut sembler singulier, le rôle du débiteur apparaissant à peine, comme effacé par ceux du cédant et du cessionnaire. Et cependant, c'est le crédit du débiteur qui est en jeu et c'est le débiteur qui est l'âme de l'affaire.

Cela est si vrai que, presque toujours, c'est ce dernier qui prend l'initiative de la combinaison. C'est lui qui, pour répondre aux exigences du créancier avec lequel il traite actuellement, s'efforce d'obtenir du créancier antérieur l'abandon de son rang.

Quelques détails vont éclairer cette manière de voir.

Un propriétaire possède un immeuble grevé déjà d'une ou de plusieurs hypothèques. Désirant contracter un nouvel emprunt, il s'adresse à un capitaliste auquel il demande de lui consentir un prêt,

pour la garantie duquel il offre une hypothèque sur sa propriété.

Avant de conclure le contrat, le capitaliste, avec sa prudence habituelle, commence par apprécier la sûreté qu'on lui offre : Que vaut cette garantie ? Elle vaut la somme pour laquelle serait adjugé l'immeuble en cas d'expropriation forcée, moins le montant des charges qui le grèvent actuellement, puisque le nouveau créancier ne pourra prendre rang qu'après les créanciers déjà inscrits. Les inscriptions existantes constituent donc une grave atteinte au crédit du débiteur, et ce crédit est d'autant plus restreint que la situation hypothécaire de l'immeuble est plus obérée. Il se peut alors que le capitaliste, jugeant l'affaire périlleuse, ne veuille pas se contenter du rang hypothécaire auquel il va se trouver réduit, et qu'il exige, comme condition du prêt, qu'un créancier antérieur, le premier, si possible, lui cède son rang. S'il arrive à ce résultat, non seulement il sera à l'abri des dangers auxquels l'expose l'hypothèque dont la sienne prendra la place, mais encore, le rang lui en étant transféré, il primera toutes les inscriptions postérieures.

C'est alors que pour mener à bien son opération compromise, le propriétaire s'adresse à l'un de ses créanciers précédents qu'il juge moins exigeant, et lui demande de céder son rang au nou-

veau prêteur. Si ce créancier y consent, le débiteur aura réussi à rétablir son crédit, il obtiendra du nouveau créancier les fonds dont il a besoin.

Parfois, la convention d'antériorité permet au débiteur de tenir la promesse qu'il a faite à un second créancier, en hypothéquant sa propriété, de lui justifier dans un délai déterminé de la franchise de l'immeuble. En effet, il sera souvent plus facile au débiteur d'obtenir du premier créancier la cession de son rang, que de le rembourser.

Ces exemples montrent clairement que l'objet de la convention, c'est de venir au secours du débiteur, de reconstituer son crédit ébranlé, en faisant profiter le nouveau créancier du rang du privilège ou de l'hypothèque qui le menaçait.

Ce caractère de la cession d'antériorité apparaît plus nettement encore dans la convention désignée sous le nom de *réserve d'antériorité*, convention qui n'est qu'une variante de la cession de rang et dont voici l'application :

Un propriétaire possède un crédit hypothécaire assez large : son immeuble n'est grevé que de créances dont le montant est de beaucoup inférieur à sa valeur ; ou mieux encore, cet immeuble est libre de toute inscription. Par un contrat quelconque le constituant débiteur : prêt, constitution de rente viagère, etc..., le propriétaire consent à un tiers une affectation hypothécaire sur sa pro-

priété. Il entame ainsi son crédit d'une façon d'autant plus préjudiciable que la primauté hypothécaire est très recherchée par les bailleurs de fonds. Les Sociétés de Crédit Foncier, en vertu de l'article 6 du décret du 28 février 1852, d'autres sociétés financières, en vertu de leurs statuts, ne peuvent prêter que sur première hypothèque : les particuliers aussi, est-il besoin de le dire, préfèrent ce mode de placement. On comprend, par suite, l'intérêt que peut avoir le débiteur à ménager son crédit.

Ce résultat, il peut l'obtenir par le moyen que voici :

Au lieu de conférer l'hypothèque purement et simplement, il ne la consent que sous la condition suivante : Il se réserve le droit de contracter ultérieurement des emprunts jusqu'à concurrence d'une somme déterminée; tantôt d'un créancier dénommé, plus souvent de toute personne quelconque, et de donner au bailleur de fonds, une hypothèque qui primera celle actuellement consentie, en venant « *par préférence et antériorité* » à elle.

Si le créancier accepte, le propriétaire aura mis en réserve le meilleur de son crédit : il aura laissé inoccupée une place, la plus recherchée, où viendront par la suite, dans la mesure fixée, se ranger les inscriptions des créanciers ultérieurs.

Cette combinaison est dominée par le seul intérêt du débiteur ; il ne saurait être question de celui des futurs créanciers, puisque, le plus souvent, ils sont encore indéterminés et s'ils en tirent profit, ce ne sera que d'une manière indirecte.

Le crédit du débiteur, voilà donc la raison d'être de la cession de priorité.

Toutefois, il faut s'abstenir de l'absolu qui, comme on l'a dit, ne convient pas aux choses humaines. Un même acte peut comporter des motifs différents. Il se peut ainsi que, par exception, l'intérêt du débiteur soit hors de cause, et que le seul but de la convention, soit d'améliorer la créance du cessionnaire. La pratique nous en a fourni quelques exemples. Citons notamment le cas où un créancier se fait céder le rang d'un créancier antérieur pour faciliter le transport de sa créance qu'il cherche à faire. La cession de la créance sera d'autant mieux assurée, que le rang en sera devenu plus favorable.

Dans un tel cas, la cession d'antériorité a lieu généralement moyennant un dédommagement procuré au cédant par le bénéficiaire de l'opération, et le débiteur reste complètement en dehors de l'affaire, son intérêt n'étant pas en cause. Mais, nous le répétons, nous sommes ici dans l'exception.

Ayant ainsi dégagé la notion de la cession de

rang, envisageons maintenant la convention spécialement à l'égard du cédant.

S'il a soutenu le crédit de son débiteur, c'est au détriment de la sécurité de sa propre créance, puisqu'il a dû abandonner un rang favorable. Il a donc ainsi fait sa condition pire.

Mais, les motifs qui ont déterminé son consentement, sont de sa part rarement désintéressés. S'ils sont multiples et variables comme les mille circonstances de fait qui entourent l'opération, ils se ramènent toujours à un intérêt d'ordre pécuniaire ou d'ordre moral.

Comme exemple de la première catégorie, laissant de côté le cas très rare où le créancier antérieur reçoit une somme d'argent comme prix de son consentement, citons quelques-unes des combinaisons les plus pratiques, où il trouve une compensation dans l'affaire elle-même.

Tantôt le débiteur lui accorde une garantie supplémentaire sur d'autres immeubles, ou bien, il s'oblige à une augmentation du taux de l'intérêt, ou encore il renonce à la faculté qu'il s'était réservée dans le contrat de prêt, d'anticiper l'époque fixée pour le remboursement; le placement du capitaliste, fait d'ailleurs dans des conditions avantageuses, se trouve assuré pour une durée plus longue. Ce sont là toutes modifications appor-

tées aux modalités de la créance du cédant, à l'avantage de ce dernier.

Tantôt, c'est un vendeur qui consent une antériorité dans son privilège, dans le but de permettre à l'acquéreur d'un terrain, de trouver les fonds nécessaires pour construire sur l'immeuble. La mise en valeur de la propriété devant augmenter la solidité du gage, le cédant regagnera d'un côté, la sécurité qu'il abandonne de l'autre. Est-il besoin d'ajouter que, sollicités par un tel mode de crédit, les acquéreurs se présenteront plus nombreux, ce qui rendra la vente plus facile, partant le prix plus élevé.

Parfois enfin, les deniers que le cessionnaire va prêter au débiteur, sont destinés à éteindre des créances en rang préférables à celle du cédant, ou même à rembourser pour partie la créance de ce dernier.

Quand par hasard l'intérêt qui a pu déterminer le consentement du cédant n'apparaît pas, c'est qu'il faut attribuer son acte à un motif d'ordre moral :

Tantôt, le créancier dont la créance est d'ailleurs de peu d'importance, eu égard à la valeur de l'immeuble, évite d'ébranler le crédit de son débiteur, qui, peut-être est son parent ou son ami ; il ne veut pas lui enlever la possibilité de faire notamment de ces emprunts à long terme,

remboursables par annuités qui, comme les prêts du Crédit foncier, ne peuvent être faits que sur première hypothèque.

Ou bien, le créancier n'est autre que la femme de l'emprunteur ; elle veut remédier à l'atteinte portée au crédit de son mari, par la menace de son hypothèque légale.

D'ailleurs, d'une façon générale, le créancier ne peut-il pas être lui-même intéressé au maintien du crédit de son obligé ? Ne peut-on pas dire qu'en l'aidant, il améliore indirectement le sort de sa créance, amélioration qui, peut-être, compensera le préjudice causé par la cession d'antériorité ?

Enfin, remarquons que dans tous les cas, celui qui abandonne la priorité de son rang, apprécie moins sévèrement que le cessionnaire, la sécurité du gage. S'il cède sa place à ce dernier, c'est qu'il estime que la valeur de la propriété sur laquelle reposent leurs créances respectives, les met à l'abri de toute inquiétude sur le remboursement ultérieur. Il est convaincu que le sort de sa créance reste assuré même à un rang moins favorable. Dans sa pensée, sa générosité ne lui coûtera rien.

Ainsi, pour nous résumer : sécurité plus grande pour le dernier créancier, et par suite, crédit plus facile pour le débiteur, tel est le résultat de la cession d'antériorité. La convention est un moyen de crédit pour le débiteur, et pour lui seul ; elle ne

saurait être utilisée par le créancier cédant en vue de son crédit personnel. C'est là une nouvelle différence avec la subrogation ou cession de l'hypothèque qui, elle, peut intervenir au profit du subrogeant lui-même aussi bien qu'au profit d'un tiers quelconque.

CHAPIRE III

LÉGALITÉ DE LA CESSION D'ANTÉRIORITÉ. APERÇU HISTORIQUE.

Opinion qui repousse la validité de la cession d'antériorité comme conséquence de la prohibition de la cession isolée de l'hypothèque. Travaux préparatoires de la réforme hypothécaire en 1849, art. 2139 du projet du Gouvernement ; rapports de MM. de Vatimesnil et Bethmont ; art. 2142 du projet du conseil d'Etat. La validité de la cession d'antériorité et celle de la cession isolée de l'hypothèque, sont deux questions distinctes. Consécration législative : art. 9 l. 23 mars 1855 ; art. 2200 C. C.

Si l'utilité de la cession d'antériorité est manifeste, sa légalité n'est plus contestée.

La cession de rang, comme en général toutes les combinaisons qui ont pour but de transférer à un tiers le bénéfice du privilège ou de l'hypothèque, s'est développée en dehors de l'action législative, sans autre appui que le principe de la liberté des conventions (art. 1134 C. C.) : aucun texte ne la prohibe ; elle n'est contraire ni à l'ordre public ni aux bonnes mœurs ; donc elle est licite.

Le créancier qui pourrait aliéner sa créance même à titre gratuit, peut faire relativement à la garantie de cette créance tous traités dont l'effet n'est que la diminution et au pis aller, l'anéantissement de cette garantie. Il lui est donc loisible de ne céder que son rang hypothécaire, en l'échangeant contre celui d'un créancier postérieur. C'est le cas d'invoquer l'adage *qui peut le plus peut le moins*, et comme l'a fort bien dit Valette (1) en parlant de la subrogation : « Nul n'a intérêt ni qualité pour se plaindre de ce que la cession ne comprend qu'un accessoire de la créance au lieu d'embrasser la créance, tout entière ».

Pour quelle raison la cession d'antériorité ne serait-elle pas licite si, profitant au débiteur, elle ne porte aucune atteinte aux droits des autres tiers ? Qui pourrait invoquer l'illégalité d'une convention dont le préjudice, si préjudice il y a, sera tout entier pour celui qui l'a librement consentie ?

Bien que toujours accessoire d'une créance, l'hypothèque n'en est pas moins un droit réel (art. 2114 C. C.) distinct de la créance qui elle, est un droit personnel ; elle est donc, comme la jurisprudence l'a maintes fois décidé, susceptible de toutes les stipulations qui ne sont contraires ni à son essence ni à son but. Or, l'échange de rangs

1. Valette, *Traité des priv. et hyp.* N° 129.

n'est pas contraire au principe de l'hypothèque, puisque le rang lui-même n'en est pas un élément essentiel : en effet, le défaut de renouvellement en temps utile entraîne la péremption de l'inscription (art. 2154 C. C.), et par suite, la perte du rang qu'avait le créancier (art. 2134 C. C.) ; mais il est admis sans difficulté que le créancier n'est pas pour cela dépouillé de son privilège ou de son hypothèque ; sa créance ne devient pas chirographaire ; elle reste ce qu'elle était, hypothécaire ou privilégiée, et s'il n'est survenu aucun des faits juridiques qui arrêtent le cours des inscriptions, le créancier négligent pourra encore prendre une nouvelle inscription, et s'assurer un rang nouveau.

La cession d'antériorité, à la validité de laquelle nous ne voyons aucune impossibilité juridique, a d'ailleurs pour elle l'autorité de la tradition.

Assurément, les auteurs de l'ancien droit, pas plus que les jurisconsultes romains, ne nous ont laissé une théorie précise de cette convention. Et même, dans l'esprit des uns et des autres, la cession de priorité, la renonciation absolue à l'hypothèque et la promesse d'abstention, paraissent se pénétrer mutuellement, souvent jusqu'à se confondre. C'est que la cession d'antériorité n'avait pas l'importance qu'elle a de nos jours, et qu'on ne l'envisageait guère alors qu'à l'occasion de cette

controverse que nous retrouverons plus loin, de savoir quel était l'effet du concours donné par un premier créancier à la constitution d'hypothèque au profit d'un créancier subséquent (1). Quoiqu'il en soit, ces préoccupations des anciens auteurs nous paraissent contenir en germe les diverses conventions si usitées à l'heure actuelle pour modifier le rang des créanciers (2).

Les auteurs qui ont étudié d'une façon spéciale les conventions relatives aux privilèges et aux hypothèques, tout comme ceux qui n'ont traité la matière que *transeundo*, sont unanimes à reconnaître la légalité de la cession de rang; ils peu-

1. Dig. liv. XX. tit IV. fr. 12 § 4, et tit. VI fr. 12. Voët, *Pandectes*, liv. XX, tit. XIV. Olea, *de cessione jurium*, tit. VI, quest. VI. *Cancerius de renuntiat.* cap. XV, n. 119. Barthole, sur le titre du Code de *remissione pignoris*. Neguzantius. *Tractatus de pignoribus et hypothecis*, p. 423, n. 30. Pothier, *des hypothèques*, chap. 3, § 5.

2. Nous retrouvons la cession d'antériorité dans la législation belge. D'après M. Laurent (*Princ. de droit civil*, tome 31, nn. 330, 342 et 351), l'article 71 de la loi belge du 16 décembre 1851, qui permet à la femme de renoncer à son inscription, doit s'entendre en ce sens que celle-ci peut céder sa priorité de rang. C'est même là, d'après cet auteur, la seule convention relative à l'hypothèque légale qui soit permise à la femme par la loi belge (V. cependant Martou. *Priv. et hyp.*, n. 932).

On a cru voir en droit anglais quelque chose de notre convention d'antériorité dans *the doctrine of tacking*, ou théorie de la soudure et de la consolidation. Mais l'analogie nous paraît n'être que très vague, et fort lointaine.

vent comprendre différemment la nature et par suite l'étendue des effets du contrat, tous s'accordent à considérer la convention dont nous nous occupons comme licite en vertu du principe déposé dans l'article 1134 C. C. :

Toutefois, une théorie discordante émise par M. Bertauld, nous montre les inconvénients de l'absence de consécration législative précise. Cet auteur, qui repousse la possibilité de la cession isolée de l'hypothèque, en tire cette conséquence que la cession de priorité est non moins impossible; et dans son intéressant ouvrage (1), il n'hésite pas à qualifier cette dernière opération « d'anomalie condamnée par la raison de droit ». Voici d'ailleurs son argumentation.

L'hypothèque n'est pas cessible séparément de la créance à laquelle elle est attachée. Le rang hypothécaire est-il, lui, cessible comme objet à part ? Le rang, c'est en quelque sorte la qualité de l'hypothèque qui n'est elle-même qu'une qualité de la créance. Le rang c'est le degré de la qualité hypothécaire. Comment donc le rang pourrait-il être cédé, sans l'hypothèque ?

Et pour mieux justifier sa rigueur, le savant professeur objecte encore les sérieux dangers que la cession d'antériorité peut faire courir aux tiers.

1. Bertauld, *op. cit.*, p. 46 et suiv.

Comme exemple, il cite l'hypothèse que voici : Le créancier premier inscrit, et dont l'hypothèque porte sur deux immeubles, cède son rang sur l'un d'eux au créancier troisième inscrit et conserve sa primauté sur l'autre ; puis, cédant et cessionnaire se trouvant ainsi au premier rang chacun sur un immeuble, exercent respectivement leurs droits hypothécaires, chacun sur le bien en question. Il en résulte pour le créancier second inscrit un préjudice imprévu. N'était-il pas en effet autorisé à penser que le premier créancier exerçant son droit sur l'un des immeubles, il viendrait au premier rang sur l'autre. Or, il n'en est plus ainsi, puisqu'au lieu d'être primé seulement par le créancier qui le précédait, il l'est à la fois par celui-ci et par son cessionnaire. L'opération aboutirait ainsi à un cumul de collocations.

Nous retrouverons cette difficulté en étudiant plus loin les effets de la convention qui nous occupe ; nous établirons alors que la cession d'antériorité doit être inoffensive pour les tiers et que les craintes de M. Bertauld sont dénuées de tout fondement. Nous aurons ainsi refuté cette dernière objection.

Quant à l'argument plus sérieux consistant à dire que le rang, comme l'hypothèque elle-même, ne peut être cédé sans la créance, il s'explique par

des considérations historiques dont nous devons donner un rapide aperçu.

Cette question de la validité de la cession de l'accessoire indépendamment du principal, après avoir préoccupé nos anciens auteurs, prit une importance pratique considérable dès que se multiplièrent, jusqu'à devenir de style dans les actes, les traités relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée.

Lors de l'enquête ouverte en 1841, sur la réforme du régime hypothécaire, la controverse prit les proportions d'une véritable lutte et divisa profondément en deux partis adverses, les jurisconsultes aussi bien que les législateurs, les Facultés de Droit comme les Cours d'Appel. Le système de la disjonction possible eût des partisans ardents, comme aussi des adversaires irréconciliables. De ceux-ci M. Bertauld fut, sans contredit, le plus acharné. La promulgation de la loi du 23 mars 1855, antérieure à la deuxième édition de son ouvrage, au lieu d'ébranler sa conviction, ne fit que ranimer son ardeur. Il disait à propos de l'article 9 de cette loi, qui pourtant est concluant : « On
« ne clôt pas une controverse d'une manière aussi
« détournée, dans un langage aussi énigmatique »
« (p. 34) « Ce que nous disions avant cette loi,
« nous pouvons le dire encore, parce que nous
« croyons avoir établi qu'elle n'a tranché que des
« questions de forme et qu'elle a laissé sa tâche à

« l'interprétation doctrinale et jurisprudentielle
« (p. 292) », et il ajoutait que la question « ne ren-
« tre ni essentiellement ni même naturellement et
« normalement dans les attributions législatives »
(p. 32). Mettre en avant de telles affirmations,
c'était entretenir des discussions sans fin, con-
traires à une pratique constante et à une loi for-
melle.

On conçoit qu'avec une telle hardiesse, l'émi-
nent auteur soit tombé dans l'exagération, et qu'il
ait poussé plus loin que tous autres les conséquen-
ces du principe qu'il défendait. Pour lui, non seu-
lement l'hypothèque fait partie intégrante de la
créance et ne peut être cédée sans elle, mais encore
le rang lui-même participe de cette indivisibilité.
Ainsi, créance, hypothèque, rang, tout cela forme
un tout dont la disjonction n'est pas possible. La
cession de l'un de ces éléments entraîne la ces-
sion de l'autre.

Assurément, le rang hypothécaire est une qua-
lité de la créance : celle-ci est d'autant mieux
assurée que son rang est plus favorable. Mais la
cession d'antériorité ne fait qu'amoindrir cette
qualité, elle ne la détruit pas, puisque la créance
reste ce qu'elle était, hypothécaire ou privilégiée,
et qu'elle a toujours un rang.

Nous n'avons pas à rappeler ici les arguments,
d'ailleurs bien connus, invoqués de part et d'au-

tre dans cette controverse mémorable qui agita le monde juridique au milieu de ce siècle.

Si en théorie, le système de la cession de l'hypothèque sans celle de la créance n'est pas à l'abri de toute critique, en législation, la difficulté nous paraît tranchée par l'article 9, loi 23 mars 1855. Du reste, l'exclusivisme intransigeant de M. Bertauld ne fut point égalé. Si la faculté de Caen partagea l'opinion du savant professeur, elle se montra moins absolue quant au principe, moins radicale quant aux conséquences. Dans l'enquête de 1841, où elle prit position avec la Faculté de Strasbourg contre celle de Rennes, elle se prononça de la façon suivante : « Si le créancier veut
« *céder son rang*, il faut qu'il cède la créance
« elle-même, ou au moins qu'il l'affecte à titre de
« nantissement... Quand, au contraire, le créan-
« cier veut conserver sa créance, *il ne peut trans-*
« *mettre son rang, mais seulement s'abstenir*
« *d'en profiter.* » Ces derniers mots ne semblent-ils pas admettre la simple promesse d'abstention qui, nous le verrons plus loin, a plus d'une analogie avec la cession d'antériorité.

Ajoutons enfin que tous les autres auteurs qui combattirent le système de la cession isolée de l'hypothèque, acceptèrent sans hésitation la validité de la simple cession de rang. Leurs raisons sont catégoriques.

Benech, dans sa curieuse monographie, déclarait « *qu'il n'entrait d'ailleurs dans l'esprit de* »
« *personne*, de combattre la simple cession d'an-

« *térriorité* » (*loc. cit.*).

Gauthier est aussi précis : « Il n'en est pas de »
« la cession du rang d'antériorité entre deux »
« créanciers inscrits sur le même immeuble, »
« comme de la cession de l'hypothèque isolée de »
« la créance : *rien ne s'oppose* à ce qu'ils échan- »
« gent entre eux le rang que chacun d'eux tient »
« de la date de son inscription. Cette convention »
« qui ne modifie en rien la position du débiteur »
« ou des autres créanciers est très valable, et c'est »
« même en ce sens qu'il faudra entendre, la plu- »
« part du temps, les stipulations de cession d'hy- »
« pothèque » (*loc. cit.*).

Aubry et Rau emploient des termes analogues :
« Toutefois, *rien n'empêche* qu'un créancier pri- »
« vilégié ou hypothécaire antérieur, ne cède la »
« priorité de son rang à un créancier postérieur. »

Enfin, dans les travaux préparatoires de la réforme hypothécaire, alors que le principe de la disjonction de l'hypothèque était discuté et repoussé, la validité de la cession de rang était partout considérée comme évidente ; et, puisque les textes élaborés alors distinguaient nettement la cession d'antériorité de la cession de l'hypothèque, puisqu'aussi bien ces textes consacraient for-

mellement et réglementaient la convention dont nous nous occupons, nous croyons intéressant de les reproduire ici.

L'article 2139 du projet du gouvernement, conforme d'ailleurs à l'opinion émise dans le rapport fait par M. Persil au nom de la commission créée par le Président de la République, était ainsi conçu : « Le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ayant-cause, pourront céder cette hypothèque, ou son rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. »

« Les cessionnaires n'en seront néanmoins saisis à l'égard des créanciers des cédants que par la mention qui sera faite de la cession en marge de l'inscription de cette hypothèque. »

L'Assemblée Législative et le Conseil d'Etat ayant repoussé tous deux le principe de la transmissibilité de l'hypothèque séparément de la créance, ce texte fut rejeté, et dans son rapport du 25 avril 1850, M. de Vatimesnil, au nom de la commission de l'Assemblée Législative, s'exprimait ainsi : « L'article 2139 du projet paraît supposer que l'hypothèque peut être cédée indépendamment de la créance. La commission ne croit pas devoir admettre ce genre de cession qui lui paraît contraire aux principes, et sujet à de graves inconvénients. »

« Sans doute, il se fait quelquefois *un échange*

« *de rang hypothécaire* entre deux créanciers
« ayant hypothèque sur le même immeuble ; mais
« cette convention qui est licite et qui ne peut
« préjudicier à personne n'a besoin ni d'être auto-
« risée, ni d'être soumise à des formes particu-
« lières. »

D'autre part, dans son rapport au nom de la commission du Conseil d'État, M. Bethmont formulait les mêmes idées.

« La cession, soit de l'hypothèque, soit du *rang*
« *d'antériorité*, est organisée par l'article 2139
« du projet. La pensée qui a inspiré cet article
« doit être approuvée, mais la rédaction se prête
« à des interprétations dangereuses. Le projet
« paraît admettre qu'un créancier hypothécaire
« pourra céder son hypothèque sans sa créance.
« Une semblable cession ne se conçoit pas. On
« doit donc exprimer formellement la faculté de
« céder la créance hypothécaire, mais non la
« faculté de céder l'hypothèque, comme un droit
« distinctif, détaché de l'obligation. »

« *La cession du rang d'antériorité* entre deux
« créanciers inscrits sur le même immeuble, *ne*
« *souffre pas d'objections*. La situation du grevé
« n'est pas modifiée. »

Comme conséquence de cette divergence d'opinions, l'Assemblée Législative substituait à l'article 2139 du projet du gouvernement, un nouveau

texte qui devenait l'article 2159, texte où il n'était plus question que de la seule cession de la créance hypothécaire ou privilégiée.

De son côté, le Conseil d'État remplaçait l'article 2139, par une nouvelle rédaction qui formait l'article 2142, ainsi conçu : « Le créancier à qui l'hypothèque a été consentie, ses héritiers ou ayant-cause, peuvent céder leur créance hypothécaire, ou leur rang d'antériorité, mais seulement par acte authentique. »

« Les cessionnaires des créances hypothécaires ne seront néanmoins saisis à l'égard des tiers, que par la mention en marge de l'inscription, de la cession et de la notification prescrite par l'article 1690. »

« Si le rang d'antériorité seul a été cédé, la mention de cette cession en marge de l'inscription suffira. »

Ces diverses rédactions ne sont elles pas significatives ?

La validité de la cession d'antériorité ne doit pas être rattachée à celle de la cession de l'hypothèque. Ce sont là deux questions distinctes. La convention que nous étudions est une modification du rang de l'hypothèque, ce n'est pas une cession même partielle de celle-ci. Ainsi, sans l'obstacle apporté par le Coup d'Etat du 2 décembre 1851, à la réalisation du projet de réforme hypothécaire,

la cession d'antériorité était validée est réglementée par une loi qui repoussait la cession isolée de l'hypothèque.

Nous sommes ainsi loin de l'argumentation de M. Bertauld. C'est que cet auteur, en généralisant la controverse, l'avait poussée sur un terrain où elle ne pouvait exister. Tel est souvent le résultat de discussions trop passionnées ; à défendre trop ardemment une idée, on l'exagère.

Si le grand principe de la liberté des conventions ne suffisait pas à lui seul pour établir la légalité de l'interversion de rangs, ne pourrait-on pas invoquer encore la loi elle-même ? On reconnaît généralement, et nous montrerons dans notre partie spéciale, que la validité de la cession d'antériorité, en tant qu'elle s'applique à l'hypothèque légale de la femme, se trouve législativement consacrée par l'article 9 de la loi du 23 mars 1855.

De là, par un raisonnement d'ailleurs fréquent, on tire cette conséquence que la même convention doit être licite *a fortiori* lorsqu'elle est relative à l'hypothèque conventionnelle. Si la femme, dit-on, peu céder le rang qu'elle tient de la loi, pourquoi les autres créanciers hypothécaires n'auraient-ils pas la même faculté ? Si des raisons de douter pouvaient exister, ne serait-ce pas à l'égard de l'hypothèque légale, puisqu'elle est une garantie imposée par la loi ?

Mais, il y a plus, la cession d'antériorité est consacrée d'une manière expresse par une disposition législative, l'article 2.200 du Code Civil, dont la rédaction actuelle est due à la loi du 5 janvier 1875. Cet article impose aux conservateurs des hypothèques, l'obligation de tenir un registre, appelé registre d'ordre, sur lequel ils doivent indiquer jour par jour et dans l'ordre où elles ont lieu, les remises d'actes faites en vue des diverses formalités.

Dans sa rédaction primitive, l'article 2.200 ne visait que les remises d'actes de mutation à transcrire, ou de bordereaux à inscrire. La loi du 5 janvier 1875 compléta ces prescriptions en les étendant aux remises de toute nature, quelle que soit la formalité à accomplir, et notamment aux dépôts d'actes à mentionner. Cet article 2.200, dans sa partie qui nous intéresse, se trouve actuellement ainsi conçu :

« Néanmoins, les conservateurs seront tenus
« d'avoir un registre sur lequel ils inscriront jour
« par jour, et par ordre numérique, les remises
« qui leur seront faites, d'actes de mutation et de
« saisie immobilière pour être transcrits, de bor-
« dereaux pour être inscrits, d'actes, expéditions
« ou extraits d'actes contenant subrogation ou
« *antériorité* et de jugements prononçant la réso-
« lution, la nullité ou la rescision d'actes trans-
« crits, pour être mentionnés... Ils ne pourront

« transcrire les actes de mutation et de saisie immobilière, ni inscrire les bordereaux ou mentionner les actes contenant subrogation ou *antériorité*... qu'à la date ou dans l'ordre des remises qui leur auront été faites ».

Établie par une pratique constante, basée sur le principe de la liberté des conventions, reconnue par la doctrine et ratifiée par une jurisprudence unanime, la cession d'antériorité n'a-t-elle pas ainsi reçu de la loi du 5 janvier 1875, la sanction législative ?

Il est à remarquer que le législateur procède pour l'antériorité, comme il a fait pour la subrogation à l'hypothèque légale de la femme. Sa marche est identique dans l'une et l'autre hypothèse ; les étapes se ressemblent ; l'évolution, pour parler le langage à la mode, est la même dans les deux cas :

D'abord, et pendant longtemps, même silence pour l'une et l'autre combinaison. Puis, la convention s'imposant par son importance pratique, le législateur en constate l'existence, sans toutefois se préoccuper encore de la réglementer ; dominé par les faits, il la nomme accidentellement, comme il ferait d'un contrat organisé de longue main. C'est ainsi que la loi du 5 janvier 1875 parle incidemment de l'antériorité, comme l'article 8 du décret du 28 février 1852 avait mentionné la subro-

gation. Enfin, sollicité par de nombreux intérêts, le législateur entre dans une voie nouvelle et réglemeute une convention depuis longtemps passée dans le domaine de la pratique. Moins avancée que la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, la convention d'antériorité n'est pas encore arrivée à cette dernière phase.

CHAPITRE IV

PRINCIPAUX CARACTÈRES DE LA CONVENTION.

Caractère conditionnel. — C'est un contrat innommé, unilatéral, à titre onéreux (action Paulienne), aléatoire, accessoire et consensuel. — La cession d'antériorité n'est pas une garantie absolue.

Nous pouvons maintenant pousser plus avant l'analyse de la convention dont nous avons posé les principes. En en précisant les caractères principaux, nous faciliterons l'étude des effets qui en découlent.

Il faut remarquer tout d'abord que la cession d'antériorité présente quelque chose de conditionnel. L'opération est faite uniquement en prévision de l'ordre, et en vue de l'hypothèse où, lors de son ouverture, les deux contractants seront encore tous deux créanciers hypothécaires. Si donc cette éventualité ne se produit pas, la convention ne pourra pas s'exécuter ; elle sera réputée non écrite. Aussi, faut-il décider que le créancier qui avait la priorité, ne l'a pas abandonnée d'une façon absolue, définitive, mais au contraire, qu'il s'est réservé le droit de l'invoquer dans tous les cas où, pour

une cause quelconque, le cessionnaire ne l'invoquerait pas lui-même. Ce dernier, par exemple, a-t-il été désintéressé par le débiteur avant la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué, le cédant sera censé n'avoir jamais cédé son antériorité ; il occupera dans l'ordre son rang primitif, comme si la convention n'était jamais intervenue. Et cela s'impose, puisqu'autrement, nous aboutirions à cette conséquence singulière que la convention, inutile pour le cessionnaire, préjudiciable au cédant, ne profiterait qu'aux autres créanciers qui y sont demeurés étrangers. Signaler un pareil résultat, c'est le condamner.

Faut-il aller plus loin, et dire que la convention d'antériorité n'est qu'une ressource subsidiaire, c'est-à-dire qu'elle ne doit pas recevoir son application, même en cas d'ordre, si le cessionnaire peut être utilement colloqué à la date de sa propre inscription et recevoir à ce rang son paiement intégral ?

L'affirmation a été admise par un jugement du Tribunal Civil de la Seine, du 7 mai 1889, et par l'arrêté confirmatif de la Cour de Paris, du 11 décembre 1890, confirmé lui-même par un arrêt de la Cour de Cassation du 9 janvier 1893 (1). D'après

1. V. Cass. Req., 9 janvier 1893 ; S. 94-1-73 ; D. 95-1-105 et les notes.

ces décisions, la cession d'antériorité devenant inutile, n'a plus à produire son effet, et le cédant comme le cessionnaire doivent garder le rang qui leur appartient en propre, abstraction faite d'une convention dépourvue d'intérêt pour celui qui l'a stipulée. La question cependant nous paraît douteuse. Elle est d'ailleurs plutôt théorique que pratique, puisque dans l'hypothèse où nous nous plaçons, la modification de l'ordre des collocations n'entraîne aucune conséquence pécuniaire. Néanmoins, en ce qui nous concerne, nous estimons qu'au point de vue théorique, il est plus conforme à l'intention des parties de maintenir même alors l'exécution de la convention. Celle-ci doit produire tout son effet dès que les deux contractants sont colloqués dans le même ordre, et cela, sans qu'il y ait lieu de rechercher, comme au cas de promesse d'abstention, si le cessionnaire a intérêt à se prévaloir du contrat.

Si maintenant nous rapprochons la convention d'antériorité, telle qu'elle se présente habituellement, des différentes divisions des contrats généralement reçues, nous croyons reconnaître à ce contrat innommé les caractères suivants : il est unilatéral, à titre onéreux, aléatoire, accessoire, et consensuel.

I. — C'est un contrat *unilatéral* (1) car une seule des parties, le cédant, s'oblige envers l'autre (art. 1103 C. C.); le cessionnaire lui, ne prend aucun engagement envers celui dont il stipule l'antériorité. Des faits postérieurs pourront peut-être faire naître une obligation à sa charge, au profit du cédant; ainsi, par exemple, il a été décidé, comme nous le verrons plus loin, que le créancier postérieur qui a laissé périmer sa propre inscription, doit indemniser le cédant du préjudice que lui cause la perte de son rang. Sous ce rapport, notre convention rentrerait dans celles que, par opposition aux contrats synallagmatiques parfaits qui, dès le moment même de leur formation, engendrent des obligations réciproques, l'ancien droit qualifiait de contrats synallagmatiques imparfaits, ou selon l'expression de Pothier, de « *contrats moins parfaitement synallagmatiques* ». L'indemnité à laquelle pourra être condamné le cessionnaire ne résulte en effet que d'une obligation incidente qui naît de faits postérieurs à la cession de priorité. Mais, cette sous-distinction n'étant plus admise par le Code, on s'accorde à ranger les contrats de ce genre dans la catégorie des contrats unilatéraux, ce qui d'ailleurs est conforme à ce principe que pour apprécier la nature d'une con-

1. V. Bourges, 20 février 1852; Sir. 52-2-645.

vention il faut l'envisager au moment où elle se forme.

2° C'est un contrat à *titre onéreux*, ou, comme disait Pothier, un « *contrat intéressé de part et d'autre* » c'est-à-dire fait « *pour l'intérêt et l'utilité réciproque de chacune des parties* ». L'intérêt du cessionnaire, il est saillant. Celui du cédant, quoique moins apparent, n'en existe pas moins. Nous avons montré au début de cette étude, que la convention n'est que très rarement, et par exception, un contrat de bienfaisance à l'égard de celui qui a stipulé l'antériorité. Le plus souvent, ce n'est pas l'intérêt de celui-ci que le cédant veut favoriser, c'est celui du débiteur commun. C'est pourquoi la cession de priorité est presque toujours l'accessoire et la condition d'un contrat de prêt, ou de toute autre combinaison, consenti par le cessionnaire dans l'intérêt du débiteur. Le cessionnaire paie de la sorte le bénéfice qu'il retire du contrat, et d'autre part, le cédant tire avantage de son propre sacrifice, puisqu'il y trouve un moyen de rétablir le crédit de son débiteur.

Cette manière de voir a été consacrée par un arrêt de la Cour de Cassation du 2 mai 1889 (Sir. 89-1-357) en ce qui concerne l'application de l'action paulienne (art. 1167, C. C.). On sait qu'en

cette matière on distingue en jurisprudence comme en doctrine, entre les actes à titre onéreux et les actes à titre gratuit. Deux conditions sont dans tous les cas requises pour que des créanciers puissent invoquer l'action paulienne ; l'acte attaqué doit leur occasionner un préjudice, et ce préjudice doit être causé sciemment et volontairement par le débiteur. Ces deux conditions nécessaires sont suffisantes s'il s'agit d'actes à titre gratuit. S'agit-il au contraire d'actes à titre onéreux, il ne suffit plus d'établir la fraude et la mauvaise foi du débiteur seul, il faut encore prouver la mauvaise foi du tiers avec lequel il a contracté. L'arrêt précité a décidé que la cession d'antériorité échappe à l'action paulienne des créanciers du cédant dès lors que le cessionnaire est de bonne foi. Dans l'espèce de cet arrêt, l'antériorité avait été stipulée d'un créancier antérieur par un créancier postérieur qui faisait un prêt au débiteur commun. On objectait alors que la convention constituait un acte à titre gratuit pour le cessionnaire, puisqu'il n'avait pas fourni de contre-valeur au cédant. Mais on répondit avec raison, croyons-nous, que l'antériorité avait été consentie à l'occasion et comme condition du prêt, qu'elle était intervenue comme une garantie supplémentaire se liant à cet acte, et que le cédant n'avait consenti qu'en vue de déterminer le prêteur à se dessaisir des fonds au profit de

l'emprunteur. Cela était manifeste car la remise des fonds à l'emprunteur ne devait avoir lieu qu'après que le prêteur aurait acquis l'antériorité.

3° La convention d'antériorité est *aléatoire*, car il est impossible de connaître dès maintenant l'importance du sacrifice que fait le cédant. La mesure de ce sacrifice peut varier entre deux points extrêmes qui sont zéro, et la valeur totale de la créance dont la convention peut occasionner la perte. Dès lors, comment savoir si le risque auquel le créancier antérieur expose le recouvrement de sa créance, est l'équivalent de ce que donne le cessionnaire (art. 1104, C. C.)? Sans doute, si la cession de priorité est appelée à produire son effet, le cessionnaire gagnera exactement ce que perdra le cédant, mais il n'en résulte pas que la prestation actuellement fournie par le cessionnaire, soit la contre-valeur équivalente du dommage causé au cédant.

4° Elle n'est qu'*accessoire*, c'est-à-dire qu'elle n'existe pas principalement et pour elle-même ; on peut même dire qu'elle a ce caractère à un double degré. En effet, l'hypothèque est elle-même un contrat accessoire, puisqu'elle est stipulée pour assurer l'exécution d'un contrat principal ; la cession de rang, qui a pour but de modifier cette

exécution, n'est donc que l'accessoire d'un accessoire.

5° Elle rentre dans la catégorie des contrats *consensuels*, ainsi que nous l'expliquerons plus loin, en étudiant les formes auxquelles elle est soumise (V. Chapitre X).

Enfin, si nous envisageons la convention dans son résultat, nous voyons que si elle constitue un instrument de crédit pour le débiteur, c'est parce qu'elle est à l'égard du cessionnaire un moyen de garantie : en améliorant son rang hypothécaire, en lui transférant une préférence qu'il redoutait, elle dissipe ses craintes relativement au sort de sa créance.

Toutefois, de ce que la convention est un moyen de sécurité pour le cessionnaire, il n'en faut pas conclure qu'elle lui offre une garantie absolue. Tout d'abord, l'effet de l'antériorité est subordonné à certaines conditions que nous étudierons plus loin et qui donnent au contrat un caractère assez précaire. En outre, le cédant ne prend envers le créancier subséquent aucun engagement personnel de garantir le paiement de sa créance au cas où, malgré l'antériorité consentie, le prix de l'immeuble serait insuffisant pour le désintéresser. Il ne devient pas débiteur du cessionnaire, puisqu'il ne s'oblige ni directement, ni indirectement

à payer à défaut de débiteur ; il prend seulement pour lui l'incertitude attachée au rang de la créance du cessionnaire, mais la sécurité qu'il donne en échange n'est que celle dont jouissait sa propre créance ; c'est-à-dire qu'elle n'est que relative.

Le cédant n'entend pas autrement mettre le cessionnaire à l'abri de l'aléa que présente toute réalisation d'immeuble. La convention n'est donc pas un cautionnement, d'ailleurs, le cautionnement doit être exprès (art. 2015), et les parties n'ont rien dit de pareil.

CHAPITRE V

CONDITIONS DE FORMATION DE LA CONVENTION.

Le cessionnaire comme le cédant doit être un créancier hypothécaire ou privilégié. — Différence avec la subrogation ; réfutation de l'opinion qui assimile les deux conventions. — Il n'est pas nécessaire que le cessionnaire ait une hypothèque au moment où il stipule l'antériorité ; encore moins que son hypothèque soit inscrite. — Les rangs intervertis peuvent résulter d'une hypothèque quelconque ou d'un privilège. — La cession d'antériorité est une véritable convention qui nécessite l'acceptation du cessionnaire, même lorsqu'il n'y a pas de créanciers intermédiaires. — L'acceptation peut être tacite ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit notifiée au cédant.

Nous avons dit que la cession d'antériorité s'analyse en une interversion des rangs hypothécaires des deux contractants, et qu'elle a lieu en prévision du cas où ceux-ci seront tous deux appelés à participer à un ordre futur.

Cela suppose donc que le cédant et le cessionnaire ont l'un et l'autre un rang par l'effet duquel l'un doit être préféré à l'autre. Autrement dit, la convention ne peut intervenir qu'entre créanciers

ayant sur le même immeuble une hypothèque ou un privilège leur conférant le droit de préférence qu'ils invoqueront plus tard, lors de la distribution du prix de leur gage commun. « C'est de toute « évidence, dit Pont, puisqu'il n'est pas possible « de concevoir une cession d'antériorité, une con- « vention impliquant interversion de rangs entre « deux personnes dont l'une n'a pas aussi bien « que l'autre, au moment de la convention, un « rang à donner en échange de celui qu'elle re- « çoit » (1).

C'est là encore un point sur lequel la convention qui nous occupe diffère essentiellement de la subrogation ou cession de l'hypothèque. Celle-ci, en effet, n'implique pas un échange de rang ; elle a une portée plus étendue, elle transfère à une créance l'hypothèque qui se trouvait en garantir une autre. On conçoit alors qu'elle puisse, à la différence de la cession de priorité, intervenir au profit de tout créancier, même simplement chirographaire.

Cette différence est généralement admise (2).

1. Pont, *Priv. et hyp.*, n° 458 ; V. aussi Benech, *op. cit.*, p. 40 et 41 ; Rivière et Huguet, *Quest.*, n° 363 ; Troplong, *Transcr.*, n° 325 ; Aubry et Rau, *op. cit.*, § 288, p. 456 et suiv., Martou, *op. cit.*, n° 932 ; Laurent, *op. cit.*, n° 330 et 348 ; Verdier, *Transcr.*, n° 721 ; Baudry Lacantinerie *Priv. et hyp.*, n° 907 ; Labbé, note sous Cass. 31 janvier 1883, S. 84-1-321.

2. V. les auteurs précités.

Elle a toutefois été contestée par Mourlon (1) qui d'ailleurs, nous le savons déjà, assimile complètement les deux conventions. Cet auteur, pour refuter la distinction dont il s'agit, s'appuie sur l'idée suivante : la différence serait exacte si, par son essence ou même par sa nature, la cession d'antériorité était, comme on le prétend, un échange de rang entre les deux créanciers. Mais précisément, le savant jurisconsulte conteste ce principe et déclare qu'à son sens, la cession d'antériorité n'est, ainsi que ces termes l'indiquent, que « la cession d'un droit de priorité ou de préférence » impliquant la cession de la collocation future. Dès lors un tel droit peut être cédé même à un créancier simplement chirographaire. L'auteur ajoute que lors même qu'il serait incontesté et incontestable que la cession d'antériorité implique nécessairement une permutation de rangs, elle ne devrait pas être annulée par cette unique raison que le cessionnaire serait un créancier chirographaire.

Pas plus que Mourlon, nous ne prétendons que la stipulation faite en faveur d'un créancier qui n'a ni privilège, ni hypothèque, doive toujours être annulée. Les conventions sont libres, et l'on peut imaginer qu'un créancier hypothécaire ou

1. Mourlon, *Transcr.* N. 941.

privilegié fasse au profit d'un créancier chirographaire du même débiteur toutes stipulations relatives à sa collocation future ; on peut même supposer que les parties donnent à une convention quelconque le nom de cession d'antériorité. Il faudra dire en ce cas que les contractants ont donné à leur traité une qualification inexacte, et alors, si on peut, sous cette dénomination trompeuse, reconnaître les éléments de tout autre contrat compatible avec les rapports existants entre les parties, par exemple, d'une subrogation, on fera produire à la convention les effets de cet acte, suivant la maxime romaine : *plus valet quod actum est quam quod scriptum est*. Seulement, il n'y a plus là une cession de priorité, mais un contrat quelconque, auquel on fait application de la règle que les actes doivent être interprétés *magis ut valeant quam ut pereant*.

Quant au principe même sur lequel s'appuie l'auteur dont nous combattons l'opinion, à savoir que la cession de rang implique une cession de la collocation future, nous croyons l'avoir suffisamment réfuté au début de notre travail. Ajoutons seulement que cet auteur, qui reprochait à Benech d'avoir pris pour argument une simple affirmation tirée du sens de l'expression « cession d'antériorité » s'empresse à son tour de recourir au même moyen, s'exposant ainsi à la critique qu'il adressait à son adversaire.

Championnière et Rigaud (1) semblent dire, eux aussi, que l'antériorité peut être consentie au profit d'un créancier chirographaire, mais ils nous paraissent avoir confondu ici la convention d'antériorité avec la subrogation légale résultant du paiement, puisqu'à l'appui de leur opinion, ils invoquent l'article 1251-1^o C. C., étranger à notre sujet.

Le principe que l'antériorité ne peut être consentie au profit d'un créancier chirographaire s'impose, si l'on admet que la convention n'implique ni la cession de la créance, ni la cession de l'hypothèque : comment l'effet de la cession de priorité pourrait-il être invoqué à l'ordre par un créancier qui n'a pas le droit d'y figurer de son chef, puisqu'il n'a personnellement aucun droit de préférence ?

La Cour de Liège a fait de ce principe une application curieuse dans une espèce où l'hypothèque du cessionnaire était frappée de nullité comme ayant été consentie sur des biens saisis ; elle a décidé que le créancier était, en réalité, chirographaire, et que, par suite, la cession de rang ne pouvait avoir d'effet (2).

Quelle portée faut-il reconnaître à la règle que

1. Championnière et Rigaud, *op. cit.*, n^o 1258.

2. Liège, 13 août 1860 ; v. Laurent, *op. cit.*, n^o 330.

le cessionnaire doit avoir lui-même, une hypothèque ou un privilège ? Les auteurs ne sont point tous d'accord à ce sujet.

Pont (*loc. cit.*) semble exiger que l'hypothèque du cessionnaire existe « au moment de la convention ».

Benech (*loc. cit.*) va plus loin. D'après lui, cette hypothèque doit non seulement exister, mais encore être *inscrite* quand intervient la cession d'antériorité. A l'appui de cette opinion, il cite le rapport de M. Bethmont au Conseil d'Etat, rapport dont nous avons parlé, et qui, d'après lui, serait textuel sur ce point.

Si ces opinions devaient être admises, elles auraient pour la pratique les résultats les plus fâcheux.

Décider avec Pont que le cessionnaire doit avoir une hypothèque quand il stipule l'antériorité, c'est écarter l'application de la convention dans un cas où cependant elle n'a rien de contraire aux principes : on conçoit qu'un créancier chirographaire, sur le point d'obtenir une hypothèque qui garantira sa créance, stipule d'un créancier déjà hypothécaire l'antériorité de son rang. La convention est alors conditionnelle, subordonnée qu'elle est à l'acquisition de l'hypothèque ; que la condition se réalise, et l'interversion de rangs n'aura plus rien d'impossible. Si au contraire, les prévisions

du créancier chirographaire ne se réalisent pas, si pour une cause quelconque il n'obtient pas l'hypothèque qu'il espérait, la convention d'antériorité, restera lettre morte (1). N'ayant pu obtenir la garantie principale qu'est l'hypothèque, le créancier ne pourra pas invoquer la garantie supplémentaire et accessoire qu'est la cession de priorité.

Admettre en outre avec Benech que le cessionnaire doit être *inscrit* à l'époque où intervient la cession de priorité, c'est restreindre singulièrement l'utilité de la convention, c'est décider qu'elle ne pourra plus faciliter un nouvel emprunt, puisque les parties ne pourront y recourir qu'après la réalisation de cet emprunt, c'est-à-dire quand le nouveau créancier aura déjà versé les fonds prêtés.

Bien qu'elle ne l'ait pas arrêté, cette conséquence n'a pas échappé à l'éminent professeur, puisqu'il nous dit lui-même que la convention ne pourra plus favoriser qu'un simple atermoiement, ou des modifications dans le prêt primitif. Accepter cette thèse, c'est enlever à la convention sa principale utilité; c'est priver la pratique d'un fécond moyen de crédit.

1. C. Amiens, 11 décembre 1884; *Journal du Notariat*, 1886, N° 3834.

Les conséquences funestes de ces théories les ont fait abandonner. Nous croyons d'ailleurs que les mots « au moment de la convention », qui se trouvent dans le passage précité de Pont ne devaient pas avoir dans la pensée de cet auteur l'importance qu'on leur attribue. Nous en dirons autant du mot « inscrit » que l'on rencontre sous la plume de Gauthier (1) auquel renvoie Benech. Quant au rapport de M. Bethmont, après avoir repoussé la validité de la cession isolée de l'hypothèque, il concluait incidemment à la validité de la convention que nous étudions : « La cession du rang d'antériorité entre créanciers *inscrits* sur le même immeuble, disait M. Bethmont, ne souffre pas d'objection. » Le savant rapporteur n'entendait pas, par ces quelques mots, établir la théorie de la cession de rang ; il se bornait à constater que la validité en est incontestable.

Dans la pratique actuelle, l'antériorité est, le plus souvent, consentie avant que le cessionnaire ait pris inscription. Quelquefois même, la convention intervient en vue d'une hypothèque future, au profit d'un créancier qui n'est actuellement que chirographaire.

S'il est nécessaire que les deux créanciers aient un rang, il importe peu que ce droit de préférence

1. Gauthier, *op. cit.*, n° 565.

ait sa cause dans une hypothèque conventionnelle, judiciaire ou légale, ou même dans un privilège immobilier. La cession de rang peut intervenir non seulement entre créanciers hypothécaires, mais aussi entre créanciers privilégiés, ou entre créanciers dont l'un est privilégié, et l'autre hypothécaire. Dans cette dernière catégorie rentre une convention relativement fréquente, l'antériorité consentie quant à son privilège par un vendeur non payé, au profit de créanciers qui prêtent les fonds nécessaires à la mise en valeur de l'immeuble.

Remarquons, en outre, que si le cédant et le cessionnaire doivent avoir hypothèque ou privilège sur le même immeuble, il n'est pas nécessaire qu'ils soient créanciers du même débiteur. S'ils ont chacun un droit de préférence sur le même bien, cela suffit pour qu'ils puissent dès maintenant intervertir l'ordre dans lequel ce droit s'exercera.

Ainsi, par exemple, la convention d'antériorité peut valablement intervenir entre un créancier inscrit du chef d'un premier vendeur, et un créancier inscrit du chef d'un second vendeur, alors que la première vente n'a pas eu lieu à la suite de saisie, et n'a pas non plus été suivie de la purge des hypothèques inscrites. Dans ces conditions, le cédant et le cessionnaire, bien que n'ayant pas le

même débiteur, peuvent légitimement prétendre l'un et l'autre à une collocation sur le même prix, celui de la dernière vente ; ils ont donc le droit d'intervertir l'ordre de leurs collocations (1).

La validité de la cession d'antériorité est-elle subordonnée à son acceptation par le créancier au profit de qui elle intervient ? Ou bien faut-il décider que la cession est parfaite dès que le créancier antérieur a manifesté l'intention de faire bénéficier de son rang tel créancier subséquent ?

Nous considérons que, d'après le but même dans lequel elle est faite, la cession de priorité n'est pas une renonciation purement abdicative et extinctive du droit hypothécaire ; ce n'est pas, comme la main levée de l'inscription, un abandon absolu d'un droit, abandon devant profiter indistinctement à tous les créanciers postérieurs et même au débiteur ; en un mot, ce n'est pas une répudiation parfaite par la seule volonté du cédant. C'est au contraire un acte qui a pour but de faire bénéficier d'un rang hypothécaire préférable, tel créancier postérieur déterminé, un acte qui implique une réciprocité, une interversion dans l'ordre des inscriptions, car le cédant se réserve implicitement le droit d'invoquer son hypothèque au rang qu'avait celle du cessionnaire. Un pareil résultat

1. Cass. Req. 9 janvier 1893 ; S. 94, 1, 73 ; D. 95, 1, 105.

suppose nécessairement une convention, c'est-à-dire l'accord des deux volontés, du cédant et du cessionnaire. « Je ne puis pas, par ma promesse, » disait Pothier, accorder un droit à quelqu'un, « jusqu'à ce que sa volonté concoure pour l'acquérir, par l'acceptation qu'elle fera de ma promesse (1). » C'est aussi ce qu'exprimaient les jurisconsultes romains par cette définition de la convention : *duorum vel plurium in idem placitum consensus*.

Jusqu'à ce que le concours des volontés se produise, jusqu'à ce que l'acceptation du créancier postérieur vienne vivifier l'offre du créancier qui cède la priorité, il n'y a qu'une simple sollicitation, *solius offerentis promissum*. De là cette conséquence que tant que la proposition de cession d'antériorité n'a pas été acceptée, le créancier qui l'a faite reste maître absolu de ses droits ; il peut valablement en disposer au profit de tous autres, faire par exemple à son débiteur une remise de dette qui éteindra du même coup son droit de préférence (2) ; il peut même révoquer directement l'offre qu'il avait faite, conservant ainsi le rang qu'il avait proposé d'abandonner.

La nécessité de l'acceptation du cessionnaire est

1. Pothier, *Traité des oblig.*, I, 1^{re} partie. chap. I, § 1, n° 4.

2. Paris, 17 juin 1889 ; D. 90-2-21.

incontestable lorsque le bénéficiaire de l'opération est un créancier qui, dans l'ordre des inscriptions, ne vient pas immédiatement après le cédant. Mais, en dehors de cette hypothèse, on peut hésiter, et il a été décidé par un arrêt confirmatif de la Cour de Cassation du 19 novembre 1855 (1), que la cession d'antériorité faite au profit du créancier immédiatement postérieur à celui qui la consent, est irrévocable, et n'a pas besoin, pour produire ses effets à l'égard du cessionnaire d'être acceptée par lui.

A l'appui de cette opinion on a dit qu'un tel acte était un acte unilatéral, produisant son effet par lui-même, et qu'exiger en pareil cas une acceptation, c'est-à-dire, le concours de deux volontés, comme s'il se fut agi d'un contrat synallagmatique, c'était supprimer la distinction faite par l'article 1103 du Code Civil entre les deux espèces de contrats.

Cette argumentation nous paraît reposer sur une confusion. En effet, pour leur perfection, les contrats unilatéraux n'exigent pas moins que les contrats synallagmatiques, le concours de deux volontés. Il est bien vrai que certains actes sont parfaits par la seule déclaration de volonté de celui

1. Cass. Req., 19 nov. 1855 ; S. 56-1-146 ; J.-P., 1857-1-27, et la note de Gauthier ; D. 56-1-146.

qui y figure. Telles sont les renonciations faites par un héritier à une succession, par une femme à la communauté, par un légataire à un legs, par un usufruitier à son usufruit, ou par un créancier hypothécaire à son hypothèque. Ce sont là tous actes qui produisent leurs effets par eux-mêmes, et sans l'acceptation de ceux appelés à en recueillir indirectement le bénéfice. Mais, il est impossible d'assimiler ces différentes hypothèses où la renonciation est absolue, faite d'une manière abstraite, et sans désignation de la personne que le cédant veut favoriser, à la cession du rang hypothécaire faite au profit exclusif d'un créancier nominativement désigné. Si la volonté du propriétaire suffit pour le dépouiller de son droit, elle ne suffit pas pour transférer ce droit à telle autre personne déterminée.

La Cour de Cassation n'a pas admis cette manière de voir, puisqu'elle a considéré « que l'acte
« était un pur acte de renonciation, sans aucune
« stipulation ou engagement au profit du créan-
« cier qui le consentait : qu'un tel acte, émané
« d'un créancier maître de ses droits, produit son
« effet par lui-même, conformément à l'article
« 2180, et comme au cas de toute autre renoncia-
« tion, soit à une succession, soit à une commu-
« nauté, soit à un usufruit, sans qu'aucune dispo-
« sition de loi impose au bénéficiaire l'obligation

« d'une déclaration quelconque pour rendre irrévocable à son égard les effets de cette renonciation ; que la personne qui en profite n'est pas un tiers, et que la disposition de l'article 1121 du Code Civil ne reçoit ici aucune application. Qu'en thèse générale, il suffit que le propriétaire d'un droit manifeste son intention de n'en pas faire usage pour que le droit secondaire prenne le rang du droit *éteint* qui le primait... »

Nous croyons que cette décision ne doit pas être admise comme un principe ; elle tend à rien moins qu'à assimiler la cession d'antériorité à une mainlevée de l'inscription ; elle fait de notre convention « un pur acte de renonciation » en vertu duquel le droit hypothécaire du cédant est « *éteint* », conformément à l'article 2180 du Code Civil. Que dans l'hypothèse d'une main levée de l'inscription comme dans celle d'une antériorité consentie au profit d'un créancier immédiatement postérieur, le droit secondaire prenne la place du droit antérieur qui le primait, c'est là un résultat qui n'implique pas que les deux actes soient identiques de leur nature, et que la cession d'antériorité, de même que la renonciation extinctive, n'ait pas besoin d'être acceptée.

Cette assimilation nous paraît contraire à la nature des choses. Les deux actes, en effet, n'ont pas le même caractère, et leurs résultats, même

envisagés seulement à l'égard du second créancier, différent dans les deux cas.

Dans l'hypothèse d'une main levée de la première inscription, l'inscription subséquente, ne trouvant plus devant elle l'obstacle d'un droit rival, prend définitivement la première place. Le second créancier devient le premier, par ce qu'on est convenu d'appeler la force des choses, sans qu'il existe aucune obligation, aucun rapport juridique entre lui et le créancier dont le droit est éteint.

S'agit-il au contraire d'une simple interversion de rang, la modification de la situation hypothécaire est le résultat d'une convention qui laisse subsister un lien de droit entre les parties. C'est ainsi, par exemple, que le cessionnaire devra perdre le bénéfice de l'antériorité s'il vient à faciliter l'insolvabilité du débiteur, compromettant ainsi la créance dont la sienne a pris le rang.

Malgré l'autorité de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 novembre 1855, nous concluons que, quelque soit le nombre de degrés qui séparent les deux créances dans l'échelle hypothécaire, la cession d'antériorité ne devient parfaite qu'autant qu'elle a fait l'objet d'un contrat c'est-à-dire d'un consentement donné et accepté.

Si l'on ne s'accorde pas sur la nécessité de l'acceptation, il est du moins reconnu par tous, qu'il n'est pas nécessaire qu'elle soit expresse. On

admet qu'ici comme ailleurs, l'acceptation peut être tacite, et résulter simplement des circonstances. Nous avons dit en effet que la convention d'antériorité est en général un acte à titre onéreux. Si même nous supposons que dans telle espèce donnée, elle constitue par exception une libéralité au profit du cessionnaire, il n'en est pas moins vrai que même alors, elle n'est pas soumise à la condition d'une acceptation expresse. Cette condition imposée par l'article 932 du Code Civil est exceptionnelle; elle ne s'applique qu'aux donations entre vifs proprement dites, et la cession d'antériorité n'étant pas à vrai dire un « acte portant donation » n'est pas un acte solennel.

Il suffit donc que les deux volontés du cédant et du cessionnaire se rencontrent pour former un consentement. Pourvu qu'elles concourent, peu importe la forme dans laquelle l'une et l'autre se manifestent. Par suite, si l'offre et l'acceptation ne sont pas simultanées, il suffit que le cédant ait connaissance de l'acceptation par une voie quelconque, et la notification prescrite par l'article 932 n'est point exigée ici.

La thèse contraire avait été émise dans un jugement du tribunal civil d'Aix du 29 août 1878, mais par un arrêt du 15 février 1879 (1) la Cour d'Aix

1. C. Aix, 15 février 1879, *Journal des notaires et des avocats*, 1879, n° 22168.

l'a repoussée. La Cour a décidé qu'il suffisait d'une acceptation ordinaire, et que le débiteur stipulant pour son compte, avait le droit de faire cette acceptation au profit du cessionnaire, comme conséquence de sa propre stipulation. Cette opinion a encore été consacrée par un arrêt de la Cour de Bourges du 20 février 1852 (1) et un arrêt de la Cour de Paris du 4 avril 1887 (2).

Donc, l'acceptation résultera suffisamment des faits manifestant l'intention du cessionnaire de profiter de la cession. Cette acceptation devra d'ailleurs facilement se présumer. C'est que la cession d'antériorité est rarement un acte isolé ; elle se produit à l'occasion d'autres contrats ; elle n'est qu'un épisode dans un ensemble de combinaisons et de conventions qui supposent un accord préalable entre les parties. Il sera par suite rarement exact de considérer le consentement donné par le premier créancier comme une simple pollicitation. C'est ainsi, comme on l'a judicieusement fait observer, que cet accord préalable existait dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Cassation du 19 novembre 1856, en sorte que l'acte de cession d'antériorité n'était que la réalisation de ce qui avait été convenu entre les intéressés. Il y avait dès

1. S. 52-2-645 ; D. 55-2-111.

2. D. 89-2-115.

lors un consentement tacite, et cette considération ne fut peut-être pas sans influence sur la décision des juges. Tout en critiquant les motifs de l'arrêt, on peut donc en approuver le résultat.

Les circonstances ou les faits d'où l'on peut induire l'acceptation, sont multiples et variables. Il y a là un point de fait et non un point de droit. Bornons-nous donc à en indiquer quelques exemples.

C'est d'abord l'exécution donnée à la convention d'antériorité. Le créancier au profit duquel elle est intervenue, produit dans l'ordre, au rang qu'avait le cessionnaire (Bourges, 20 février 1852, précité); ou bien il fait mentionner en marge des deux inscriptions l'antériorité qui lui a été consentie.

Parfois, on trouvera l'acceptation dans l'exécution des conditions sous lesquelles l'antériorité avait été cédée. Par exemple, elle résultera suffisamment de la surveillance exercée en commun par le cédant et le cessionnaire sur l'emploi des fonds prêtés au débiteur par ce dernier (C. Paris, 4 avril 1887, précité).

Il a été décidé, au contraire, que l'acceptation ne pouvait résulter de ce fait que l'acte constatant la convention d'antériorité avait été rédigé par un clerc de notaire ayant été mandataire du cessionnaire dans un acte antérieur, alors que ce clerc avait seulement fait œuvre de scribe, et n'avait

pas figuré à l'acte de cession (Pau, 17 juin 1889, précité).

Ce sont là toutes questions d'interprétation à résoudre par le juge. La seule règle à laquelle soit soumise l'acceptation tacite, c'est qu'elle doit se manifester à une époque où elle puisse encore se produire, car elle ne peut préjudicier aux droits acquis antérieurement à des tiers.

CHAPITRE VI

DIVERSES MODALITÉS DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ.

La cession d'antériorité peut être faite soit pour telle créance déterminée, soit d'une manière générale. — Intérêt de la distinction. — Cas de prorogation de délai par le cessionnaire. — Antériorité consentie au profit d'un cessionnaire dont le rang est immédiatement postérieur à celui du cédant, et cas où le cédant et le cessionnaire sont séparés par des créanciers intermédiaires : créances inégales. — Ordre des cessionnaires partiels d'une créance hypothécaire ou privilégiée. — Antériorité pure et simple, ou conditionnelle.

La convention dont nous nous occupons peut se présenter sous diverses modalités. Une distinction qui frappe tout d'abord est celle qui existe entre les cas où la cession de priorité est faite d'une manière générale, et ceux où elle n'est consentie que pour une créance postérieure déterminée. Hâtons-nous de dire que cette division n'est pas exclusive de solutions intermédiaires. Entre les points extrêmes que nous allons indiquer, il y a place pour de nombreux degrés auxquels peut s'arrêter la volonté des parties.

Souvent, le créancier qui cède son rang prend en considération non seulement le rang hypothécaire inférieur qu'il recevra en échange, mais encore la créance elle-même du cessionnaire, telle qu'elle se comporte actuellement, avec les manières d'être qui la caractérisent, notamment sa durée et ses conditions d'exigibilité. C'est cette créance ainsi individualisée qu'il entend faire bénéficier de son rang, et non pas toute autre quelconque, alors même qu'il s'agirait d'une créance de même importance.

On comprend que cette considération ne soit pas sans intérêt pour le cédant, car il n'est pas indifférent pour lui que son rang hypothécaire actuel soit occupé désormais par une créance qui, par exemple, sera exigible à brève échéance, ou au contraire par une créance dont le paiement ne pourra être demandé que dans un avenir très lointain. Dans la première hypothèse, il y a chance que l'interversion de rangs ne soit que provisoire et reste sans effet, car le cessionnaire sera vraisemblablement désintéressé avant qu'un ordre soit ouvert pour la distribution du prix. Dans le second cas, au contraire, l'époque d'exigibilité étant plus éloignée pour la créance qui prend le premier rang que pour celle qui le quitte, l'abandon que fait le cédant peut être considéré comme définitif.

Cette portée limitée de la convention n'est pas

toujours aussi accentuée. Il se peut qu'en abandonnant son rang en faveur de telle créance déterminée, le cédant n'ait eu en vue que le rang hypothécaire auquel il allait se trouver rejeté, et qu'il n'ait pas tenu compte des caractères constitutifs de la créance. Les qualités de celle-ci n'ont en rien contribué à déterminer son consentement, dès lors, ces qualités pourront être modifiées sans qu'il ait à s'en plaindre.

Au contraire, la priorité est cédée d'une manière générale lorsque le cédant consent à être primé à toute époque pour des créances hypothécaires quelconques nées ou à naître, dont le montant seul est déterminé. Il s'engage par avance à se contenter d'une garantie de second rang. C'est ce qui a généralement lieu dans la *réserve d'antériorité* que fait un propriétaire en consentant une hypothèque sur son immeuble. C'est encore ce qui se produit dans le cas où l'antériorité est consentie d'une manière générale par un créancier, directement au profit du débiteur, sans indication des créanciers postérieurs appelés à en profiter indirectement. On se trouve en présence d'une convention de cette nature lorsqu'un vendeur consent une antériorité dans son privilège, au profit de tous créanciers éventuels dont les fonds serviront à la mise en valeur de l'immeuble.

Dans ces cas, c'est avec le débiteur et avec lui

seul que traite le cédant. Ce n'est plus l'acceptation du cessionnaire, mais celle du débiteur, qui se rencontre avec son offre, et le concours de ces deux volontés suffit à créer le lien de droit par lequel le cédant se trouve engagé (Aix, 15 février 1879) (1). Le propriétaire de l'immeuble fera ensuite bénéficier de l'antériorité tel autre créancier qu'il lui plaira, et cela, par une autre convention qui interviendra entre lui et ce créancier, sans que le cédant y soit partie. L'accord des volontés se fait de cette façon par l'intermédiaire du débiteur dont le crédit est, comme nous l'avons montré, le principal objet de la convention. Ici, mieux que partout ailleurs, on voit que c'est le débiteur qui est l'âme de l'affaire, le trait d'union entre le cédant et le cessionnaire. L'interversion de rang est son œuvre, et son rôle est manifeste : l'antériorité se réalise par deux actes distincts, et seul de tous les personnages qui concourent à l'affaire, le débiteur figure dans chacun d'eux. Les deux créanciers traitent bien avec le débiteur, mais ils ne traitent pas ensemble. Il n'est même pas nécessaire, croyons-nous, que le créancier postérieur, signifie son acceptation au créancier dont il prend le rang.

Rien ne change si, au lieu de considérer une telle cession d'antériorité comme se réalisant par

1. Aix, 15 février 1879, J. N., 1879, n° 22168.

deux conventions distinctes on voit en elle une stipulation pour autrui, valable comme étant la condition accessoire d'une autre stipulation (art. 1121 C. C.). En effet, la stipulation pour autrui, comme la simple cession de rang, ne devient parfaite et ne confère de droit à celui qui doit en bénéficier qu'à partir du moment où elle a été acceptée par lui (art. 1121 *in fine*). Jusque-là, elle ne constitue qu'une simple sollicitation qui peut être retirée par celui dont elle émane. Nous renvoyons à cet égard à ce que nous avons dit au chapitre précédent sur l'acceptation du cessionnaire.

Lorsqu'une antériorité a été consentie d'une manière générale, sans indication du créancier appelé à en bénéficier, elle ne peut pas être invoquée par un créancier postérieur quelconque, ayant hypothèque sur le même immeuble. C'est une conséquence de ce principe que l'accord des volontés est nécessaire dans tous les cas. Le nouveau créancier ne peut donc s'en prévaloir s'il n'est pas établi qu'il a été choisi comme bénéficiaire du rang mis en réserve (1).

La distinction que nous venons d'établir n'est pas purement théorique ; elle touche à la portée même de la convention. En effet, si l'antériorité a été consentie d'une manière générale, celui qui en

1. V. en ce sens C. Pau, 7 janvier 1885 ; D. 86, 2, 72.

bénéficiaire peut faire subir à sa créance toutes les modifications que bon lui semble. En aucun cas, le cédant ne pourra s'en plaindre; n'a-t-il pas consenti à être primé pour la somme fixée, par des créanciers quelconques?

Au contraire, quand la convention s'applique à une créance déterminée, le cessionnaire ne peut faire subir à cette créance des modifications portant sur les qualités qu'a envisagées le premier créancier en abandonnant son rang. Ces éléments de la créance, que l'on altérerait ainsi, ont, en effet, contribué à déterminer le consentement du cédant.

Citons un exemple, révélé par la pratique, des litiges que peut soulever la question.

Le bénéficiaire d'une cession d'antériorité, au lieu de recevoir à l'échéance le paiement de sa créance, avait, sans le consentement du cédant, accordé au débiteur une prorogation de l'époque d'exigibilité. Malgré le désordre des affaires du débiteur, il pouvait lui donner un délai sans danger pour sa créance, car, par suite de la convention d'antériorité, cette créance était désormais garantie par une hypothèque de premier rang. Quelque temps après, le débiteur ne pouvant faire face à ses engagements, l'immeuble hypothéqué fut saisi, et le prix de l'adjudication mis en distribution par la voie de l'ordre. Le créancier qui

avait cédé la priorité de son rang ne fut pas colloqué en ordre utile, alors que le cessionnaire était intégralement payé. Il prétendit alors que l'insolvabilité du débiteur avait été facilitée par le délai que lui avait accordé le cessionnaire. Cet atermoiement, disait-il, avait été fait à ses dépens, car, si le cessionnaire avait, comme il le devait, reçu son paiement à l'échéance, la cession d'antériorité serait restée sans effet, et lui, cédant, il aurait repris le premier rang comme s'il ne l'eût jamais abandonné. En cédant la priorité, il avait, d'ailleurs, pris en considération le terme prochain de la créance qu'il faisait bénéficier de son rang. Reculer ce terme, c'était modifier une des qualités de la créance qui avaient déterminé son consentement. Puisqu'on s'écartait ainsi des conditions implicites de la convention, la cession d'antériorité ne devait plus recevoir son effet, ou tout au moins, le cessionnaire devait indemniser le cédant du préjudice qu'il lui causait.

Les tribunaux n'ont pas eu, que nous sachions, à statuer sur cette affaire, ni sur aucune autre analogue. Toutefois, dans le même ordre d'idées, il a été jugé que lorsqu'un subrogé a prorogé le terme de l'exigibilité de sa créance, le subrogeant qui s'était porté garant de la solvabilité actuelle et future du débiteur, cesse d'être responsable s'il prouve que, solvable à l'époque de l'échéance ori-

ginaire, le débiteur n'est devenu insolvable que postérieurement (1).

Pour éviter de semblables difficultés, il est prudent d'insérer, dans l'acte constatant la convention, une clause précisant si le cessionnaire pourra ou non, consentir relativement à sa créance tous délais au débiteur. Semblable précaution devient inutile lorsque le cédant a consenti à être primé à toute époque, pour une somme déterminée.

Le bénéficiaire d'une antériorité dont la portée a été restreinte à sa créance actuelle n'étant pas maître de modifier à son gré les éléments constitutifs de celle-ci, peut encore moins se prévaloir de la cession pour faire bénéficier du rang cédé une autre créance dont il est, depuis la convention, devenu propriétaire.

Maintenant, quand l'antériorité sera-t-elle cédée d'une manière générale ? Quand la convention ne s'appliquera-t-elle au contraire, qu'à une créance déterminée ? C'est là une question de fait, puisqu'elle se ramène à l'interprétation de la volonté des parties, et l'on ne peut déterminer par avance, *a priori*, ce qu'ont voulu les contractants. Nous pensons que le plus souvent, le créancier qui abandonne la priorité de son rang, ne le fait qu'en vue de telle créance déterminée, envisagée dans

1. Orléans, 6 novembre, 1891, 2, 33.

ses éléments constitutifs actuels, et que le cas où l'antériorité est cédée d'une manière générale n'est que l'exception. C'est toujours une question d'appréciation à résoudre par le juge en cas de contestation. Celui-ci pourra s'inspirer des termes de l'acte constatant la convention, mais ce ne sera pas toujours chose facile. Par exemple, on hésitera souvent pour décider si l'énonciation des éléments constitutifs ou des modalités accidentelles des créances, n'est faite que pour mieux déterminer ces créances, ou si, au contraire, l'énonciation est due à l'importance attachée par les parties à ces caractères constitutifs. C'est que le plus souvent, les actes en question ne sont pas rédigés, sous ce rapport, avec toute la précision désirable. On y laisse parfois dans l'ombre des points intéressants, et d'autre part, la pratique en cette matière, présente chaque jour des aspects nouveaux.

Une autre distinction qui intéresse aussi la portée de la convention, c'est celle qu'il faut faire entre le cas où l'antériorité est cédée à un créancier dont le rang hypothécaire est immédiatement postérieur à celui du cédant, celui où le créancier qui doit bénéficier de la cession est séparé du cédant par un ou plusieurs créanciers intermédiaires.

Dans la première hypothèse, la cession de prio-

rité peut être faite d'une façon plus large que dans la seconde : supposez que les créances des deux contractants soient inégales, et que ce soit celle du cessionnaire la plus importante. Dans cette situation, s'il n'y a aucun créancier entre eux, le cédant peut consentir que la créance tout entière du cessionnaire prime la sienne. Personne ne peut se plaindre de cette convention qui ne nuit qu'au cédant. Qu'importe, en effet, aux créanciers postérieurs, l'ordre qu'auront entre elles les deux créances qui les précèdent. Ne seront-ils pas dans tous les cas colloqués seulement après les deux créanciers dont les collocations atteindront d'une façon comme de l'autre le même chiffre total.

Il n'en va plus de même lorsque d'autres créanciers ont pris rang entre le cédant et le cessionnaire. Il est bien certain que la convention d'antériorité à laquelle ils sont restés étrangers ne doit pas leur nuire. Quoi qu'il arrive, ils ne peuvent jamais être primés que pour le même chiffre de créances, c'est-à-dire que le cédant ne pourra faire bénéficier de son rang hypothécaire la créance du cessionnaire, que jusqu'à concurrence du chiffre de sa propre créance. Pour le surplus, la créance du cessionnaire conservera son rang primitif qu'elle partagera avec la créance dont le rang a été cédé. Nous reviendrons sur cette question en étudiant les effets de la convention à l'égard des tiers.

Si le chiffre de la créance du cédant est plus élevé que celui de la créance du cessionnaire, l'antériorité n'est cédée qu'à concurrence du montant de cette dernière. Supposons, par exemple, que la créance première inscrite soit de 100.000 francs, et que celle appelée à bénéficier de l'antériorité ne soit que de 60.000 francs. Le cédant ne perd son rang qu'à concurrence de cette dernière somme, pour laquelle la cession d'antériorité produit son effet ; il le conserve pour l'excédant ; en sorte que sa créance, au point de vue des collocations futures, se trouve démembrée en deux parties : 40.000 francs qui conservent le rang primitif occupé aussi par les 60.000 francs qui bénéficient de la cession de priorité, et les 60.000 francs de surplus, rejetés par suite de la convention d'antériorité au rang qu'avait originairement le cessionnaire.

Mais, jusqu'à concurrence des 40.000 francs qui sont restés à leur rang primitif, le cédant peut encore abandonner la priorité à un ou plusieurs autres créanciers dont l'inscription est postérieure à la sienne. On aura ainsi, relativement aux 100.000 francs montant de la collocation de premier rang, plusieurs cessions d'antériorité partielles, successives, consenties au profit de divers créanciers. Quelle sera alors la situation respective soit d'un premier cessionnaire et du cédant, dont

partie de la créance est restée au premier rang, soit des divers cessionnaires entre eux, au cas où le prix de l'immeuble hypothéqué ne suffirait point pour leur paiement intégral ? Viendront-ils tous par contribution, ou faudra-t-il préférer le premier créancier au cédant ou aux créanciers dont la cession est postérieure en date ?

La difficulté nous paraît sérieuse. D'une part, nous avons admis que le créancier qui cède la priorité de rang ne garantit en rien le paiement de la créance du cessionnaire. De l'autre, la créance de 100.000 francs, dont le rang a été cédé par fractions successives, occupait ce rang avec la même force dans toute son étendue, sans qu'une partie de la créance fût préférable à l'autre. N'en doit-il pas être de même lorsque l'avantage résultant de ce rang se trouve réparti entre plusieurs créances différentes ? Il semblerait donc exact de décider que tous viendront par contribution. Toutefois, on peut se demander s'il n'est pas plus conforme à l'intention des parties de donner la préférence au créancier qui le premier a obtenu la cession partielle de la priorité. En lui permettant d'occuper son rang à due concurrence, le cédant n'a-t-il pas en même temps, consenti implicitement à lui laisser la priorité même à l'égard des 40.000 francs représentant l'excédant de la créance du cédant sur celle du cessionnaire ? Par suite, en appli-

quant l'adage que personne ne peut transmettre à d'autres plus de droits qu'il n'en a lui-même, les cessionnaires postérieurs successifs ne reçoivent plus qu'une antériorité amoindrie, c'est-à-dire que chacun d'eux sera primé par tous ceux auxquels semblable cession aura déjà été consentie. C'est la solution vers laquelle nous penchons, non sans quelque hésitation.

Une difficulté analogue, qui comporterait la même solution, se présente au cas où la créance du cédant étant plus petite que celle du cessionnaire, le rang qu'avait cette dernière se trouve désormais occupé par la créance du cédant, et par la partie de celle du cessionnaire qui n'a pu bénéficier de l'antériorité.

Ainsi envisagée, la difficulté devient une question d'intention, donc de fait ; et peut-être les termes des actes constatant les cessions pourront-ils jeter quelque lumière sur la volonté présumée des parties.

Dans le même ordre d'idées, on reconnaît que c'est un point controversé que celui de savoir si les cessionnaires partiels d'une même créance hypothécaire ou privilégiée, doivent être payés au même rang, ou bien si le cessionnaire plus ancien prime le cessionnaire postérieur (1).

1. La première solution est admise notamment par Aubry et

La difficulté, bien entendu, disparaît, si le créancier originaire consent à ne venir qu'après celui à qui il transporte partie de sa créance, et cela, il peut toujours le faire, soit expressément, soit virtuellement, comme au cas de clause de garantir, fournir et faire valoir. Dans ces hypothèses, il n'y a plus un véritable échange de rangs comme dans la cession de priorité ordinaire. Celui qui consent l'antériorité ne la consent pas au profit d'un créancier de rang inférieur, mais au profit d'un cessionnaire de partie de la créance, avec lequel il devait venir en concurrence ; par suite, le cédant n'a pas à prendre le rang qu'avait le cessionnaire puisque c'était le même que le sien ; en un mot, dans ces cas, l'antériorité n'est pas cédée, elle est créée.

Il y aurait, au contraire, une véritable interversion de rangs dans l'hypothèse où un créancier

Rau, *op. cit.*, § 288 ; Massé et Vergé, *op. cit.*, V, p. 826, note 7 ; Pont, *op. cit.*, I, p. 281, n° 239 ; Laurent, *op. cit.*, n° 323. L'opinion contraire a été défendue par Zacchariæ, édit. Massé et Vergé, V, § 826. La jurisprudence fait une distinction suivant que la créance objet des cessions partielles est hypothécaire ou privilégiée. Est-elle hypothécaire, c'est l'ordre des dates qui fixe les rangs (Cass. 20 nov. 1865 ; S. 66, 1, 201). Est-elle au contraire garantie par un privilège, il y a concurrence entre les cessionnaires, car ce n'est pas la date des titres que l'on considère, mais la faveur de la cause, en sorte que tous les privilégiés placés dans le même rang doivent être payés au marc-le-franc (Cass., 29 mai 1866 ; S. 66, 1, 393 et la note ; Grenoble, 20 février 1894 ; S. 95, 2, 290 et la note).

hypothécaire ou privilégié, en recevant un paiement partiel avec subrogation aurait convenu avec le subrogé, que celui-ci pourrait exercer par préférence, les sûretés réelles attachées à la créance remboursée partiellement. C'est qu'en l'absence de cette convention, les deux contractants n'étaient pas appelés à venir par concurrence ; il existait entre eux un rang, c'est-à-dire un ordre de préférence, établi par la loi (art. 1252, C. C.), et cet ordre, ils l'ont interverti.

Enfin, l'antériorité peut être cédée purement et simplement, ou au contraire n'être accordée que sous certaines conditions, par exemple sous des conditions relatives à l'emploi des fonds que prête le cessionnaire. C'est ainsi qu'on peut convenir que ces deniers serviront pour partie à éteindre des créances en rang préférables à celle du cédant, ou bien encore à élever des constructions sur l'immeuble hypothéqué. Sous ce rapport, notre convention ne présente rien de particulier ; il suffit d'appliquer les règles de droit commun ; notamment en ce qui concerne l'accomplissement des conditions, on n'aura qu'à se conformer aux prescriptions de l'article 1175 du Code Civil, qui ne fait que reproduire presque textuellement le principe ainsi formulé par Pothier « que les conditions « doivent s'accomplir de la manière dont les parties ont vraisemblablement voulu et entendu

« qu'elles le fussent ». Ici encore, la décision de la question dépend de l'examen de l'intention qu'ont eue les parties contractantes.

CHAPITRE VII

EFFETS DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ ENTRE LES PARTIES.

Le cédant et le cessionnaire seront colloqués à la place l'un de l'autre, mais chacun d'eux conserve sa créance et son hypothèque. — Le cédant peut-il renoncer au bénéfice du terme, faire remise de sa dette au débiteur, faire main levée sans paiement ? — Caractère précaire du droit conféré au cessionnaire ; sa subordination à l'existence de la créance du cédant, et à la conservation de son hypothèque ; point commun avec la subrogation. — Perte de l'hypothèque du cessionnaire ; perte de son rang : péremption de son inscription. — De la péremption de l'inscription du cédant. — Le cédant et ses ayants-cause doivent s'abstenir de porter un trouble à l'exercice du droit conféré : application à l'exercice de l'action résolutoire. — Intérêts auxquels s'applique la convention d'antériorité — Différence entre la cession de priorité et la subrogation, quant à la manière dont leurs effets se réalisent.

L'effet de la convention d'antériorité résulte du but que les parties ont eu en vue, et ce but, nous l'avons, croyons-nous, suffisamment déterminé

Comme le décide un arrêt de la Cour de Cassation du 25 janvier 1853 (1), la cession de rang hypothécaire « ne peut avoir d'autre résultat que de « substituer le cessionnaire au lieu et place qu'aurait occupés, dans l'ordre, la créance du cédant. » Chacune des parties conserve sa créance et son hypothèque ; seulement, si un ordre s'ouvre sur l'immeuble grevé des inscriptions des contractants, le rang des créances étant interverti, les créanciers seront à due concurrence, colloqués à la place l'un de l'autre.

On dit, dans le langage de la pratique, que l'inscription du cessionnaire « *primera* » celle du cédant, sans dire que cette dernière sera rejetée à la place de l'autre. Quoique d'un usage journalier, cette expression n'est pas à l'abri de toute critique. Elle pourrait faire supposer que la créance du cessionnaire est élevée au-dessus de celle du cédant, et qu'elle acquiert un rang supérieur à celui que possède actuellement celle-ci. Ce serait là une grave méprise. Si l'on omet de dire que c'est au moyen d'une interversion de rangs que l'inscription postérieure *primera* l'autre, si l'on ne précise pas que la créance du cédant est rejetée désormais au rang qu'occupait celle appelée à la

1. Cass., 25 janvier 1853 ; S. 53, 1, 423 ; D. 53, 1, 12 ; J.-P., 1853. 1, 697.

remplacer, ce résultat, pour être sous-entendu, n'en est pas moins inévitable. Autrement, on renverserait l'ordre des inscriptions des autres créanciers, on détruirait les bases fondamentales du régime hypothécaire.

Chacun des deux contractants restant maître de sa créance, peut en disposer comme il l'entend, à titre gratuit comme à titre onéreux. Dans l'un et l'autre cas, il la transmet telle qu'elle est, c'est-à-dire avec le bénéfice ou le désavantage de l'antériorité consentie. Les ayants-cause du cédant devront respecter la convention, comme ceux du cessionnaire pourront l'invoquer.

Il en résulte encore que chaque créancier pourra, sans le concours de l'autre, recevoir le paiement de sa créance, en donner quittance, et comme conséquence de ce paiement, faire main levée de son hypothèque et consentir la radiation de son inscription. Le cédant n'aura même pas à rechercher si le cessionnaire a été désintéressé avant lui, car il n'est pas garant du paiement de la créance de ce dernier, et la cession d'antériorité ne doit être exécutée qu'en cas d'ordre.

La conciliation de ce principe avec l'exécution de la convention d'antériorité ne va pas sans soulever quelques difficultés. Quelques-unes des questions que nous allons examiner sont de celles qui

préoccupent les praticiens sans avoir encore retenu l'attention des auteurs.

D'abord, le cédant peut-il sans le consentement du cessionnaire, recevoir son paiement avant l'échéance du terme d'exigibilité? Il est bien évident que nous laissons de côté le cas où le terme a été stipulé dans le seul intérêt du débiteur, car alors celui-ci peut y renoncer, et forcer son créancier à recevoir. Nous nous plaçons dans l'hypothèse où le terme ayant été stipulé pour l'avantage du créancier et du débiteur tout à la fois, il a été convenu que le débiteur ne pourrait anticiper l'époque fixée.

La question ainsi posée est la contre-partie de celle que nous avons examinée au chapitre précédent, de savoir si le cessionnaire peut accorder un délai au débiteur. Dans l'un et l'autre cas, on modifie un élément de la créance, le terme, qui a pu être pris en considération par les parties contractantes.

Nous croyons qu'à moins d'interdiction expresse, le cédant peut, à toute époque, recevoir si bon lui semble, le paiement qu'il ne pourrait exiger qu'à l'échéance. Sans doute, cette solution peut être désavantageuse pour le cessionnaire, car l'extinction de la créance du cédant a pour effet, comme nous le verrons tout à l'heure, de rendre impossible l'exécution de la cession d'antériorité ;

et cet inconvénient, s'il y a des créanciers intermédiaires, n'est que médiocrement compensé par ce fait que l'immeuble est dégrevé de l'hypothèque du cédant. Cependant, cette solution ne nous paraît pas en contradiction avec celle que nous avons admise, au cas de prorogation de délai consentie par le cessionnaire, à savoir que cette prorogation ne peut être faite au préjudice de la créance du cédant.

C'est que, malgré les apparences, les situations ne sont pas les mêmes. Il y a bien dans l'un et l'autre cas, une modification apportée à un même élément de la créance, mais cette modification n'est pas faite dans le même sens, ni avec le même esprit dans les deux hypothèses. Le créancier qui renonce au bénéfice du terme fait un acte de prudence en recevant le paiement que lui offre le débiteur ; et d'autre part, en cédant son antériorité de rang à un créancier postérieur, il a fait un acte de générosité, il accompli un sacrifice dont l'étendue doit être envisagée d'une manière restrictive. Sauf convention expresse, on doit tenir pour évident, que le cédant n'aurait pas abandonné sa priorité de rang si on lui avait imposé des conditions aussi gênantes.

Au contraire, le créancier qui proroge l'époque d'exigibilité de sa créance, fait un acte de confiance à l'égard du débiteur tout comme s'il lui consentait

un nouveau prêt ; il suit sa foi et s'en rapporte à sa loyauté et à sa solvabilité, on dit vulgairement qu'il lui « *fait crédit* ». S'il a mal placé sa confiance, à lui seul d'en supporter les conséquences. Remarquons enfin qu'en prenant parti dans les deux hypothèses pour le cédant contre le cessionnaire, nous avons pour notre opinion le poids du principe déposé dans l'article 1162 du Code Civil que dans le doute, la convention d'interprète contre celui qui a stipulé.

Faut-il aller jusqu'à dire que le cédant peut renoncer non seulement au bénéfice du terme, mais encore à sa créance elle-même, en faisant au débiteur remise de sa dette ? Pourquoi pas ? Le cessionnaire va encore perdre le bénéfice de la cession de priorité, mais c'est là un résultat qui tient à la nature de la convention. Assurément, la cession d'antériorité intervient en prévision du cas où le prix de l'immeuble fera l'objet d'un ordre, mais le cédant ne s'engage pas à demeurer créancier, et à conserver jusque-là le rang dont le cessionnaire a stipulé la priorité. Le premier créancier dit seulement au second : si un ordre vient ultérieurement à s'ouvrir sur le prix de notre gage commun, et que nous soyons encore tous deux créanciers hypothécaires, et comme tels colloqués à cette ordre, vous ferez valoir au rang de ma créance les droits hypothécaires attachés à la vôtre.

En prévision de cette éventualité, je consens bien à vous céder l'antériorité, mais c'est tout ; je ne prends aucun autre engagement, je ne me porte pas garant de l'efficacité de cette cession d'antériorité.

Poursuivant toujours cette même idée que chaque partie conserve sa créance et son hypothèque, nous sommes amené à nous demander si le cédant peut sans le concours du cessionnaire, et sans recevoir son paiement, se désister, par une mainlevée, de tous ses droits d'hypothèque ou de privilège, et consentir seul la radiation de son inscription.

La négative, soutenue par un auteur dont l'opinion fait autorité en cette matière (1), est suivie par une pratique constante. Dès qu'une cession d'antériorité est portée à la connaissance des conservateurs, soit par une mention en marge des inscriptions, soit par le contexte de celles-ci, ils exigent pour la radiation, non seulement le consentement du titulaire de l'inscription dont le rang est cédé, mais encore le concours du bénéficiaire de l'antériorité.

Au point de vue théorique, c'est là une contradiction manifeste avec la solution que nous avons

1. Boulanger, *Radiations hypoth.*, nos 69 et 70 ; observ. que l'arrêt, de la Cour de Bordeaux du 12 mai 1841 (J. P. 1841, II, 532) cité par cet auteur, ne s'applique qu'au transport de créance.

admise plus haut, à savoir que le cédant peut faire seul, remise de la dette au débiteur. S'il peut, sans le cessionnaire de la priorité, renoncer à sa créance elle-même, pourquoi ne pourrait-il pas faire remise de la simple garantie de cette créance ? Le résultat, à l'égard du cessionnaire, est le même dans les deux cas : l'antériorité s'évanouit.

De toutes les questions que soulève la détermination des effets de la cession de priorité, l'une des plus importantes est celle de savoir si le droit que la convention confère au cessionnaire lui est définitivement acquis, si ce droit est à l'abri de tous les événements ultérieurs, de telle sorte qu'il donne dès maintenant la certitude absolue de pouvoir invoquer l'antériorité quoi qu'il arrive, ou bien si, au contraire, l'avantage résultant de la cession n'est que purement éventuel.

La dernière opinion est à peu près généralement admise (1). Et cela s'explique. Etant donné que l'on considère la convention d'antériorité comme une simple interversion des rangs hypothécaires, il faut, pour que le cessionnaire puisse,

1. V. Troplong, *Transcr.*, n° 323. Gauthier, *op. cit.*, n° 578 et 588. Benech, *op. cit.*, p. 41. Pont, *op. cit.*, n° 721. Colmet de Santerre, *op. cit.*, 75 bis, XII. Aubry et Rau, *loc. cit.*, Martou, *op. cit.*, n° 934. Laurent, *op. cit.*, n° 351. Verdier, *op. cit.*, n° 721. Vigié, *op. cit.*, n° 1546. Et note de M. Labbé sous Cass., 31 janvier 1883 ; S. 84, 1, 321.

à l'ordre, se prévaloir du rang afférant à l'hypothèque du cédant, que ce rang ait été conservé, et pour cela, que l'hypothèque elle-même existe encore.

Mais d'autre part, le sort de l'hypothèque du cédant ne cesse pas de dépendre de celui de la créance dont elle est restée l'accessoire et dont elle subit toutes les vicissitudes. La cession de priorité ne donne à cette hypothèque, ni plus de durée, ni plus d'étendue, que si le bénéficiaire du rang était resté le même. Par suite, si la créance du cédant vient à s'éteindre, l'hypothèque qui la garantit disparaît du même coup, et du même coup aussi s'évanouit le droit qu'avait le cessionnaire d'en invoquer le rang. Et ce résultat doit être admis non seulement quand l'extinction de la créance résulte du paiement, mais encore quand elle se produit par l'une quelconque des causes prévues par l'article 1234 du Code Civil.

La jurisprudence nous offre sur cette matière une décision qui consacre d'une façon précise l'opinion que nous venons d'énoncer. Dans une affaire où le tribunal avait maintenu au premier rang de collocation la créance d'un cessionnaire d'une antériorité qui ne rapportait pas la justification de l'existence actuelle de la créance du cédant, la Chambre des Requêtes, par l'arrêt du 25 janvier

1853 (1), s'est prononcée dans les termes suivants : « Attendu que l'hypothèque ne peut pas
« avoir d'existence propre indépendamment de la
« créance dont elle est l'accessoire et le moyen
« d'exécution ; que dès lors, la convention par
« laquelle un créancier cède son rang hypothé-
« caire à un autre créancier qui lui était posté-
« rieur, ne peut avoir d'autre résultat que de
« substituer le cessionnaire aux lieu et place
« qu'aurait occupés dans l'ordre la créance du
« cédant ; d'où il suit que si cette créance a cessé
« d'exister, ou a elle-même perdu son rang hypo-
« thécaire, la cession d'antériorité ne peut plus
« avoir aucun effet utile au profit du cession-
« naire... »

Le danger qui menace ainsi la cession d'antériorité constitue un point commun par lequel cette convention se rapproche de la subrogation dont elle diffère sous tant d'autres rapports. Le sort de l'une et de l'autre est subordonné à l'existence de la créance du cédant ; l'extinction de cette créance entraîne l'inefficacité de la subrogation aussi bien que de la cession de priorité ; dans les deux cas, le cessionnaire est déchu du bénéfice de la con-

1. Cass. Req. 25 janvier 1853 ; J. P. 1853, 1, 697 ; S. 53, 1, 423 ; D. 53, 1, 12.

vention (1). C'est là une conséquence du principe qu'on ne peut transmettre à autrui plus de droits qu'on n'en a soi-même. Le premier créancier n'a pu céder que ce qu'il avait, c'est-à-dire une hypothèque ou un rang inhérent à sa créance, et subordonné à sa conservation.

La doctrine contraire a toutefois été soutenue, et Mourlon en est le défenseur (2). Quelles sont les raisons que cet auteur met en avant à l'appui de son opinion qui, ici encore, a été émise à l'occasion de l'hypothèque légale de la femme ? « Sui-
« vant nous, dit-il, il est parfaitement clair qu'à
« l'exemple de la cession de l'hypothèque, la ces-
« sion d'antériorité est, quant au cessionnaire, à
« l'abri des actes qui, dans l'avenir, pourront sur-
« venir entre la cédante et son mari. Elle a, en
« effet, cédé, sinon son hypothèque, au moins le
« droit de préférence qui en dépend. Or, si son
« cessionnaire se trouve désormais investi d'une
« portion de son hypothèque, comment pourrait-
« elle, par son fait, l'en dépouiller ? Nous le rap-
« pelons, les compensations, confusions, remises
« de dette, novations et paiements, n'ont jamais
« eu lieu que sous réserve des droits existant au

1. Mérignhac, *op. cit.*, n° 22.

2. Mourlon, *op. cit.*, n° 942.

« profit des tiers sur la créance que ces divers
« actes ont pour objet.

Ce raisonnement est-il bien exact ? Quant à nous, nous ne saurions l'approuver. Contrairement au savant jurisconsulte, nous avons, en effet, posé comme principe que la convention d'antériorité n'entraîne ni une véritable cession du droit de préférence, ni un transport du montant de la collocation future ; et, ce qui serait vrai en cas de cession de créance, ne l'est plus dans l'hypothèse d'une simple interversion de rangs. Même en ce qui concerne la subrogation à l'hypothèque, nous repousserons le système de Mourlon, pour admettre que cette subrogation, elle aussi, ne confère au subrogé qu'un droit purement éventuel. Le droit cédé est un droit accessoire dont l'efficacité demeure subordonnée à l'existence de la créance. Dès lors, comment le cessionnaire échapperait-il aux conséquences qui découlent de la nature de ce droit ? (1) L'opinion contre laquelle s'insurge Mourlon est d'ailleurs conforme à la tradition.

Ainsi envisagée, l'antériorité ne donne à celui qui l'a stipulée, qu'un avantage quelque peu précaire, puisque tout mode d'extinction, non seule-

1. En outre des autorités précitées, V. Cour d'Orléans, 16 mars 1849, S. 49, 2, 53 ; D. 49, 2, 156, qui fait une application de cette doctrine au cas où la créance, dont l'hypothèque a été cédée, s'est éteinte par confusion.

ment de la créance, mais encore de l'hypothèque du cédant, a pour conséquence l'inefficacité de la convention. Nous verrons plus loin que l'incertitude résultant du défaut de publicité contribue aussi à faire de la cession d'antériorité un moyen de garantie d'une sécurité douteuse. Comment alors expliquer la fréquence de la convention ? C'est qu'elle n'est qu'une garantie accessoire, destinée à rendre plus efficace une garantie principale, l'hypothèque, qui elle, échappe à toutes ces menaces, et réalise dès le début, des effets définitifs. On traite surtout à l'abri de l'hypothèque, mais cette sûreté, on cherche encore à l'améliorer par tous les moyens, fussent-ils aussi fragiles que la cession d'antériorité.

Nous avons constaté que l'antériorité est généralement consentie sans que le cédant exige un prix de celui qui la stipule. Nous en avons maintenant l'explication. Elle est à la fois dans les dangers qui, sans cesse, menacent de rendre la convention lettre morte, et dans l'impossibilité où l'on se trouve jusqu'à l'ordre, d'évaluer l'avantage qu'elle procure.

Il est bien évident que le créancier qui a stipulé la priorité ne peut s'en prévaloir qu'à la condition d'avoir conservé son hypothèque. C'est là une conséquence du principe que l'hypothèque garantissant la créance du cédant reste appartenir à ce

dernier et n'est point transmise au cessionnaire. En vertu de quel droit celui-ci produirait-il à l'ordre, s'il avait perdu son droit hypothécaire ?

Nous rencontrons encore ici une différence entre la convention d'antériorité et la subrogation. En effet, en cas de subrogation, ce n'est pas en vertu de l'hypothèque qui a pu lui être consentie à lui-même, que le subrogé se présente à l'ordre, c'est en vertu de l'hypothèque du subrogeant. Cette garantie lui a été transmise, et c'est elle qu'il invoque pour sa propre créance, aux lieu et place du subrogeant. Il suffit donc, pour que sa production soit admise, que cette hypothèque existe, sans qu'il y ait lieu de rechercher si la sienne propre n'est pas éteinte.

Tout cela ne fait pas de difficulté, puisque c'est une conséquence de la nature même de la convention d'antériorité. Mais que décider si le cessionnaire ayant conservé son hypothèque, celle-ci a perdu le rang qu'elle occupait lors de la convention ? Par exemple, après s'être fait céder l'antériorité, le créancier a laissé périmer son inscription, faute de renouvellement en temps utile. La convention doit-elle alors recevoir son effet ?

Pour la négative, on peut formuler les raisons suivantes : la cession d'antériorité supposant une interversion de rangs, le cessionnaire ne peut prétendre faire occuper à sa créance le rang afférent

à celle du cédant, si de son côté, il ne peut plus donner en échange le rang qu'avait la sienne. Autrement, on causerait au cédant une perte sèche dont il n'a pas entendu se charger. Est-ce qu'en traitant, il n'a pas pris en considération le rang auquel il allait se trouver rejeté ? Il a fait un sacrifice, sans doute, mais ce sacrifice, il l'a atténué en le limitant au rang de son co-contractant, se réservant ainsi de l'emporter sur tous les créanciers inscrits postérieurement au cessionnaire. Conséquemment, ne doit-il pas être rétabli dans son rang primitif si on ne peut lui donner celui sur lequel il a compté ?

Cette opinion a été suivie par deux arrêts de la Cour de Paris du 11 mars 1813 et du 24 août 1853 (1), desquels il résulte que le cessionnaire est déchu des avantages de la cession d'antériorité lorsqu'il a laissé périmer son inscription.

Nous préférons cependant nous rallier à la solution contraire, d'après laquelle la cession d'antériorité survit à la perte que le cessionnaire aurait encourue du rang de son hypothèque, sauf, bien entendu, l'obligation pour le créancier négligent de réparer le préjudice causé au cédant. Au moyen de ce dernier tempérament, cette solution fait pro-

1. C. Paris, 11 mars 1813 ; D. A. 9, 150 ; et 24 août 1853 ; P. J. 1853, II, 545 ; D. 54, 2, 105.

duire à la convention tous ses effets, sans qu'il en résulte aucun préjudice pour le cédant. On le met dans la même situation que si l'inscription du cessionnaire avait été conservée ; il ne peut rien demander davantage. C'est ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation du 9 août 1865 (1) motivé de la façon suivante : « Attendu que la convention... subsiste tant que le créancier conserve son hypothèque, même quand il a laissé périmer son inscription ; qu'en effet, l'inscription a pour objet seulement d'assurer contre les tiers le rang du créancier inscrit ; mais qu'entre la femme (cédante) qui s'est obligée, et le créancier, le rang est fixé par une convention dont les effets se maintiennent tant que dure l'hypothèque du créancier, laquelle ne s'éteint que par l'extinction de l'obligation elle-même.... »

Quant à l'obligation pour le cessionnaire de réparer le tort que la perte de son rang cause au cédant, la Cour de Cassation n'a pas eu à s'en occuper, mais la question avait été tranchée affirmativement, dans la même affaire, par l'arrêt de la Cour de Riom du 3 août 1863 (2).

Mais, dira-t-on, quel intérêt le cessionnaire a-

1. Cass. Civ. 9 août 1865, S. 65-1-447 ; D. 66-1-33.

2. Riom, 3 août 1863 ; D. 63-2-133.

t-il au maintien des effets de la convention d'antériorité, s'il doit indemniser le cédant du préjudice causé par la péremption de l'inscription ? En quoi le système de la Cour de Cassation lui est-il plus avantageux que celui de la Cour de Paris, s'il doit donner d'une main ce qu'il reçoit de l'autre ? Cet intérêt, il existe cependant, et le voici :

L'indemnité que le créancier postérieur doit à celui dont il a stipulé l'antériorité, n'a pas pour but de lui procurer le paiement intégral de sa créance ; elle ne doit pas se mesurer sur la somme que, dans l'ordre, le cédant n'a pu recevoir par suite de l'insuffisance du prix. Il suffit qu'elle ait pour résultat de replacer le cédant dans la situation où il se serait trouvé s'il avait été colloqué au rang que lui aurait assigné l'inscription originale régulièrement conservée. Le préjudice causé au cédant, ne consiste que dans la différence entre la somme qu'il aurait touchée dans cette hypothèse, et celle qu'il a réellement reçue. Il en résulte que l'indemnité, qui se mesure sur ce préjudice peut être plus petite que la somme dont le cédant n'a pu recevoir son paiement à l'ordre. C'est là une question de chiffres qu'on nous permettra d'éclairer par un exemple :

Soit trois créanciers inscrits sur le même immeuble :

A. Créancier de 100.000 fr. qui a cédé l'antériorité à C.

B. Créancier intermédiaire, inscrit pour 60.000 fr.

C. Créancier de 50.000 fr. à qui A a cédé son rang, à due concurrence.

L'immeuble est vendu 200.000 fr. et un ordre s'ouvre sur le prix.

Les collocations ont lieu d'après le tableau suivant :

C. — 50.000	}	100.000 francs.
A. — 50.000		
B. —		60.000
A. —		40.000
Total.		<u>200.000</u> francs.

Sur sa créance de 100.000 francs, A reçoit d'une part 50.000 francs au rang qu'il avait primitivement, et qui n'a pu être occupé que partiellement par la créance du cessionnaire plus petite que la sienne ; d'autre part, il ne reçoit que 40.000 francs au rang du cessionnaire auquel il se trouve rejeté. La cession d'antériorité a donc pour résultat de lui faire perdre 10.000 francs.

Supposons maintenant que C ayant laissé périmer son inscription, un nouveau créancier : D se soit inscrit pour sûreté de 20.000 francs, par exemple, puis que C ait à nouveau inscrit son hypothèque postérieurement à D.

L'ordre est ouvert sur le même prix de 200.000 francs.

Si nous appliquons le système de la Cour de Paris, c'est-à-dire si nous déclarons C déchu du bénéfice de l'antériorité, les collocations auront lieu dans l'ordre suivant :

A. —	100.000 francs.
B. —	60.000
D. —	20.000
C. —	20.000

Total 200.000 francs.

C, qui ne reçoit que 20.000 francs sur sa créance de 50.000 francs, est en perte de 30.000 francs, tandis que A qui dans l'hypothèse précédente perdait 10.000 francs reçoit ici son paiement intégral.

Suivons au contraire la doctrine de la Cour de Riom consacrée par la Cour de Cassation, c'est-à-dire faisons survivre l'effet de la cession d'antériorité à la perte du rang du cessionnaire. Le tableau suivant résume les collocations.

C. — 50.000	} 100.000 francs.
A. — 50.000	
B. —	60.000
D. —	20.000
A. —	20.000

Total 200.000

A touche 50.000 + 20.000 soit 70.000 francs ; Il manque donc 30.000 francs pour le désintéresser. Est-ce à dire que C devra lui payer cette somme à titre d'indemnité ? Evidemment non. C dira à A : le préjudice que vous cause la perte de mon rang originaire n'est pas de 30.000 francs. Si j'avais renouvelé mon inscription en temps utile, et conservé le rang auquel, normalement vous deviez être rejeté, vous perdiez 10.000 francs. Le préjudice que vous cause la situation actuelle, et que je dois réparer, n'est donc que de la différence entre ces 10.000 francs que devait vous coûter la convention d'antériorité, et les 30.000 francs que vous ne recevez pas, c'est-à-dire que le chiffre de l'indemnité que je vous dois, n'est que de 20.000 francs.

C, qui dans ce système reçoit son paiement intégral, ne paie à titre d'indemnité que 20.000 francs, tandis que dans le système de la Cour de Paris, il perdait 30.000 francs. Comme contre-partie, A, dans la solution de la Cour de Paris, évite la perte de 10.000 francs que l'exécution de la convention lui coûte ici, comme au cas où le rang de C a été conservé.

Ainsi, la règle à suivre pour le maintien des effets de la convention d'antériorité diffère selon que c'est seulement le rang hypothécaire du cessionnaire qui est perdu, ou que c'est son hypothèque

elle-même. C'est que la péremption de l'inscription n'entraîne pas la perte du droit hypothécaire : le créancier peut s'inscrire à nouveau, s'il n'est survenu aucun des événements qu'arrêtent le cours des inscriptions. L'arrêt de la Cour de Paris du 24 août 1853 précité, nous paraît manquer de précision à cet égard. Il y est dit que le cessionnaire « *a laissé perdre* son hypothèque faute de renouvellement d'inscription. » Il est bien évident que si en réalité, l'hypothèque était « *perdue* » le cessionnaire ne pouvait plus invoquer l'antériorité ; dès lors, cet arrêt ne serait plus en opposition avec le système, que nous avons adopté, de l'arrêt de la Cour de Cassation du 9 août 1865 ; il trancherait une question toute différente, et que nous avons déjà étudiée, celle relative aux conséquences de la perte de l'hypothèque du cessionnaire.

Quant à la péremption de l'inscription dont le rang a été cédé, nous avons vu plus haut qu'elle a pour conséquence de rendre la cession inefficace. En effet, fût-elle inscrite à nouveau, l'hypothèque du cédant ne prendrait rang que postérieurement à celle du cessionnaire. Il est donc manifeste que ce dernier a un intérêt considérable à renouveler l'inscription dont il a stipulé la priorité ; et comme conséquence, on lui accorde le droit de faire ce renouvellement bien que l'hypothèque dont il s'agit, ne lui appartienne pas.

Mais la convention d'antériorité entraîne-t-elle pour le cédant, l'obligation de renouveler lui-même son inscription ? Nous ne croyons pas que la convention implique un tel engagement du cédant à l'égard de son co-contractant. La sauvegarde de sa propre créance reste, comme par le passé, le seul mobile de sa vigilance ; et d'ailleurs, comment le cessionnaire pourrait-il lui reprocher d'avoir laissé périmer une inscription qu'il avait le droit de renouveler lui-même ?

De son côté, le cédant pourrait aussi renouveler l'inscription du cessionnaire afin de conserver le rang auquel il doit se trouver rejeté si la cession d'antériorité produit son effet. Mais en pratique, il est rare qu'il s'en préoccupe, puisque cette préemption, d'après ce que nous avons vu, ne peut lui nuire.

Bien que le cédant continue à pouvoir disposer librement de sa créance, et ne se porte pas garant de l'efficacité de la cession de priorité, il n'en est pas moins tenu de s'abstenir de porter par lui-même un trouble à l'exercice normal du droit qu'il a constitué. En d'autres termes, le cédant s'interdit nécessairement tous les actes qui auraient pour but de préjudicier à la convention d'une manière directe et immédiate.

Ainsi, par l'effet de la convention, il devient irrecevable à faire valoir aucune critique contre la

priorité du cessionnaire, et il ne peut contredire, pour quelque cause que ce soit, fondée ou non en elle-même, la collocation du cessionnaire à son rang. La Chambre des Requêtes a fait de cette idée une application intéressante en décidant, par un arrêt du 18 juillet 1887 (1), que lorsqu'un créancier s'est expressément soumis à ne réclamer collocation qu'à un rang inférieur, cette stipulation consentie librement et sans fraude l'oblige, et ne lui permet pas d'invoquer la nullité de l'hypothèque de son co-contractant.

De même, le vendeur qui a consenti une antériorité dans son privilège ne peut, au moyen de l'action résolutoire, se soustraire à l'effet de cette cession de priorité. Il est bien vrai que la cession de son rang ne l'a point privé de son privilège, et qu'elle lui a laissé aussi, sauf renonciation de sa part, l'exercice de l'action résolutoire accordée par l'article 1654 du Code Civil. Il peut donc, malgré la convention d'antériorité, obtenir que l'immeuble lui fasse retour affranchi de toutes charges établies par l'acquéreur. Tout cela est évident, mais il est certain aussi que la résolution de la vente ne doit pas être pour lui un moyen de se délier de ses propres engagements (2).

1. Cass. Req. 18 juillet 1887 ; S, 90, 1, 455 ; D. 87, 1, 475.

2. Paris, 4 avril 1887, D, 87, 2, 115.

La convention d'antériorité oblige non seulement le cédant, mais encore ses ayants-cause universels ou à titre particulier.

Comme conséquence de ce qu'elle est obligatoire pour les héritiers, la Cour de Cassation par l'arrêt précité du 9 août 1865 (1) a décidé que lorsqu'une femme mariée a consenti une antériorité dans son hypothèque légale, puis est décédée laissant pour héritiers ses enfants mineurs, le cessionnaire peut se prévaloir de l'antériorité contre ces mineurs, alors même que ces derniers exerceraient les reprises de leur mère, non en vertu de l'hypothèque légale de celle-ci, mais en vertu de leur hypothèque pupillaire. C'est que la convention « engage tant la femme que ses héritiers, qui ne « peuvent exercer ses droits qu'en se soumettant « à ses obligations, et que, bien que la femme « n'ait contracté aucun engagement de payer la « dette, ses héritiers sont tenus comme elle de ne « pas opposer ses droits personnels ou ceux qu'elle « leur a transmis, à l'action exercée par le créancier, et à laisser à celui-ci, de préférence à elle-même, le plein exercice de ceux qu'il tient de « la convention. »

Pareillement, le cessionnaire d'une créance devra subir les effets de la cession, faite par son auteur

1. Cass. 9 août 1865; D. 66, 1, 33 S. 65, 1, 447.

du rang de l'hypothèque garantissant la créance transportée, de même qu'il profiterait de l'antériorité consentie au profit de celui dont il a acquis la créance (1).

Le créancier à qui l'antériorité a été cédée ne peut en réclamer les effets que pour le capital de sa créance et pour les intérêts qui ont été placés par la loi au même rang d'hypothèque. Le cédant a donc le droit de faire réduire quant aux intérêts, à trois années seulement (art. 2151 C. C.) la collocation du cessionnaire faite à son rang en vertu de la convention d'antériorité (2).

C'est qu'il est plus conforme tout à la fois à l'intention des parties et à la règle *renuntiatio non facile præsumitur*, d'admettre que la cession de l'antériorité faite par le créancier antérieur s'applique exclusivement à l'inscription du cessionnaire telle qu'elle est restreinte quant à sa portée par la limitation de l'article 2151 du Code Civil.

Le cédant pourrait sans doute consentir à être primé non seulement pour trois années d'intérêts ajoutés au principal de la créance du cessionnaire mais encore pour tous intérêts à échoir, sans aucune restriction, de même qu'il lui serait loisible de consentir l'antériorité d'une façon générale à

1. V. Aix 15 février 1879 ; J. N. 1879, no 22168.

2. Nancy 13 juillet 1886 ; D. 87-2-141.

concurrence d'une certaine somme. Il pourrait par suite, consentir que son inscription fût primée tant par celle actuelle du cessionnaire que par toutes inscriptions particulières que celui-ci prendrait ultérieurement pour sûreté des intérêts écartés par la disposition de l'article 2151 du Code civil.

Mais pour être opposable au créancier qui consent l'antériorité, une telle convention devrait faire l'objet d'une disposition expresse et formelle qui ne laisse place à aucun doute. Et, d'autre part, la cession d'antériorité ne pouvant avoir pour effet de créer au profit du cessionnaire des droits que le cédant n'aurait point eus lui-même, la convention faite avec une telle portée, ne pourrait recevoir sa pleine exécution à l'égard des tiers, qu'autant que l'importance de la créance du cédant le permettrait, c'est-à-dire seulement si la collocation de celui-ci, faite en conformité de l'article 2151, était d'un chiffre supérieur à la somme réclamée par le cessionnaire.

De la différence que nous avons établie entre la cession d'antériorité et la subrogation, ou cession de l'hypothèque, il résulte que ces deux conventions se séparent, quant à la manière dont leurs effets se réalisent.

Nous avons en effet montré que tandis que la subrogation dessaisit le cédant de ses droits hypothécaires, et les fait passer avec toutes les préro-

gatives dont ils jouissent au créancier subrogé, la cession de rang n'entraîne aucun déplacement ou échange des privilèges ou hypothèques respectivement attachés aux créances des contractants. De là suit qu'à l'ordre, le subrogé, s'il s'agit d'une subrogation, pourra faire valoir en son nom propre et personnel, pour le paiement de sa créance, l'hypothèque du subrogeant qui lui a été transmise. Les parties n'ont-elles, au contraire, fait qu'une simple cession d'antériorité, ce sera sa propre hypothèque, et elle seule, que le cessionnaire invoquera à l'ordre : seulement, il en réclamera l'effet au rang qu'avait l'hypothèque du cédant. Le cessionnaire sera donc colloqué dans l'ordre, en vertu de ses droits propres, à la place du cédant qui prendra la sienne. En définitive, les sommes dont le cessionnaire obtiendra le paiement lui seront attribuées au moyen de son hypothèque dont le droit de préférence bénéficie de l'antériorité consentie (1). Par suite, il pourra, ainsi que l'a décidé la Cour de Pau, par un arrêt du 17 juin 1889 (2), réclamer de son chef l'exécution et les effets de la cession de priorité, alors même que le cédant n'userait pas de son droit de produire à l'ordre.

1. Meringhac, *op. cit.*, n° 121.

2. Pau, 17 juin 1889 ; D. 90, 1, 24.

Cette conséquence de la différence entre la convention d'antériorité et la subrogation est parfois méconnue, et l'on peut lire dans certaines décisions judiciaires que la cession d'antériorité comporte une transmission des droits hypothécaires ; que le cessionnaire est nanti de ces droits, et qu'il peut les exercer de son chef aux lieu et place du cédant. Il y a là, ce nous semble, une confusion dont il faut se garder. Nous répéterons à cet égard ce que nous avons dit bien des fois déjà, qu'assimiler la cession de rang à la cession de l'hypothèque, c'est donner à la convention d'antériorité un effet plus considérable que celui que les parties ont eu en vue.

CHAPITRE VIII

DE L'EFFET DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ A L'ÉGARD DES TIERS.

Tiers auxquels la convention ne doit ni nuire ni profiter
— Créances inégales — Antériorité cédée relativement
à un seul immeuble par un créancier dont l'hypothèque
grève plusieurs immeubles — Les tiers ne peuvent se
prévaloir de la convention : Opinion contraire de quel-
ques anciens auteurs.

Comme toutes les conventions en général la cession d'antériorité n'a d'effet qu'entre les parties contractantes, c'est-à-dire, entre le cédant et son cessionnaire, conformément au vieil adage reproduit par l'article 1165 du Code civil : *res inter alios acta aliis nec nocere, nec prodesse potest* ; et les *tiers* auxquels la convention ne doit ni nuire ni profiter, ce sont ici toutes les personnes qui n'y ont pas participé et qui n'y ont pas été valablement représentées. Ces *tiers*, ce sont notamment les créanciers hypothécaires autres que ceux entre lesquels la convention est intervenue ; c'est encore le débiteur lui-même.

Au contraire, les ayant-cause universels des parties contractantes, de même que leurs ayant-cause à titre particulier, pour les conventions d'antériorité faites par leur auteur antérieurement à l'époque où ils ont traité avec lui, ne sont pas des tiers quant à ces conventions dans lesquelles a figuré leur auteur ; ces cessions d'antériorité leur sont donc opposables, de même qu'ils peuvent les invoquer.

De ce que la cession de priorité est pour les tiers *res inter alios acta*, il s'ensuit qu'elle laisse subsister tous les effets de l'hypothèque du cédant vis-à-vis de tous autres que celui à qui l'antériorité a été consentie. A l'égard de tous autres que ce dernier, le créancier de rang antérieur conserve sa place comme s'il ne l'avait jamais cédée. Aussi, pourra-t-il s'en prévaloir à l'ordre si le cessionnaire ne l'invoque pas lui-même, soit qu'il ait déjà été désintéressé, soit que, pour toute autre raison, le contrat ne puisse être mis à exécution.

La convention reçoit-elle son effet, rien n'est changé à l'égard des créanciers intermédiaires ou postérieurs. En effet, si le cessionnaire n'avait pas été colloqué par préférence à eux, le cédant l'eût été et c'était pour eux la même chose : il leur est indifférent d'être primés par l'un ou par l'autre, dès qu'ils ne le sont que pour la même somme. Entous cas, ils conservent leurs positions

respectives telles qu'elles sont déterminées par les inscriptions, abstraction faite d'un contrat auquel ils sont restés étrangers.

En aucune circonstance, la convention d'antériorité ne doit nuire à ces créanciers intermédiaires. Le cessionnaire ne peut donc user du rang dont l'antériorité lui a été cédée, que dans la mesure où le cédant aurait pu l'invoquer lui-même, c'est-à-dire que, s'il y a des créanciers intermédiaires, la cession de priorité ne produit son effet que dans la limite de la créance hypothécaire de celui qui la consent. Par suite, si la créance dont le rang est cédé est inférieure à celle du cessionnaire, celui-ci ne bénéficie de l'antériorité que jusqu'à concurrence de la somme moindre due au cédant ; il conserve son propre rang pour le surplus.

Mais d'autre part, malgré la cession d'antériorité, le rang de la créance antérieure ne perd rien de son étendue première. Si donc la somme conservée par l'inscription du cédant est supérieure à celle due au cessionnaire, après que celle-ci aura fait l'objet d'une collocation, le cédant aura encore le droit de se faire colloquer au même rang pour l'excédant de sa créance sur celle du cessionnaire.

Ainsi, la différence en plus ou en moins existant entre les deux créances, ne nuit ni ne profite aux créanciers intermédiaires qui n'avancent ni ne re-

culent. En définitive, ils ne sont toujours primés que jusqu'à concurrence de la créance du cédant.

Ce sont là des règles incontestables, mais l'application du principe écrit dans l'article 1165 du Code civil n'est pas toujours aussi facile dans les diverses hypothèses où la question peut s'agiter. Les résultats se compliquent lorsque le principe se trouve en opposition avec d'autres principes également respectables. Ici comme ailleurs, la pratique nous offre des exemples où la convention n'apparaît plus aussi simple que nous la supposons quand nous la considérons *in abstracto*. De ce nombre est le cas où l'antériorité ayant été cédée relativement à un seul immeuble par un créancier dont l'hypothèque grève différents biens faisant partie du même patrimoine, des ordres sont ouverts successivement sur les divers immeubles. La question qui se pose est celle-ci :

Si, par suite de la cession d'antériorité, le cédant n'a pas été intégralement payé sur le premier immeuble où il ne venait plus en ordre utile, ce créancier peut-il alors, pour le paiement de sa créance, se prévaloir de sa primauté hypothécaire sur un autre immeuble de son débiteur ?

Comme c'est là une question qui ne peut se bien comprendre qu'en l'éclairant par des faits, prenons pour exemple l'espèce très intéressante qui a fait l'objet d'un procès terminé par un arrêt de rejet

de la chambre des requêtes du 31 janvier 1883 (1).

Un propriétaire avait à Paris deux immeubles dont la situation hypothécaire était la suivante :

Sur le premier, situé rue des Jeuneurs, étaient inscrits :

MM. Dupuis et autres pour	60.000
Courtier et autres, pour.	100.000
Daumesnil, pour	81.000
Patria et autres, pour	66.000
Total.	<u>307.000</u>

Le second immeuble, sis avenue des Gobelins, était affecté aux créanciers suivants :

MM. Courtier et autres, pour	100.000
Renard et autres, pour.	80.000
Daumesnil, pour	78.000
Daumesnil, pour une autre créance de. .	120.000
Total.	<u>378.000</u>

Ainsi, les créanciers du groupe Courtier étaient inscrits sur les deux immeubles, pour une seule et même créance de 100.000 fr. garantie par une hypothèque judiciaire. Les autres créances différaient sur chaque immeuble.

Dans cette situation, le groupe Courtier consentit sur la propriété de la rue des Jeuneurs, une cession d'antériorité au profit du groupe Patria, à

1. Cass. R  q. 31 janvier 1883 ; S. 84, 1, 321 ; D. 83, 1, 317.

concurrence de 66.000 fr. montant de sa créance. Puis, un ordre fut ouvert sur le prix de cet immeuble, et les fonds manquant sur M. Daumesnil, le groupe Courtier ne put toucher les 66.000 fr. pour lesquels il était rejeté au rang du groupe Patria.

L'immeuble de l'avenue des Gobelins ayant à son tour fait l'objet d'un ordre, le groupe Courtier inscrit au premier rang sur cet immeuble, émit la prétention de toucher, par préférence aux créanciers postérieurs, les 66.000 fr. qu'il n'avait pu recevoir dans l'ordre précédent, par suite de la cession d'antériorité consentie au groupe Patria. Cette prétention fut combattue par les créanciers postérieurs qui répondirent que l'inscription des consorts Courtier avait produit tout son effet, puisque ceux-ci avaient touché, tant directement que par leurs cessionnaires, la somme de 100.000 fr. montant de leur créance. Le groupe Courtier, disait-on, avait ainsi perdu ses droits hypothécaires sur l'immeuble de l'avenue des Gobelins, et ne pouvait réclamer, au préjudice des autres créanciers, aucune collocation sur le prix de cette propriété.

La thèse des consorts Courtier ne fut pas admise. Les premiers juges la repoussèrent dans les termes que nous allons citer, car ils sont en même temps un exemple de cette confusion si fréquente,

faite entre la cession d'antériorité et la subrogation.

« Attendu, dit le jugement (1), que le créancier
« ne peut toucher tant par lui-même que par son
« subrogé une somme supérieure au montant de
« ce qui lui est dû ; qu'il est constant en effet que
« les hypothèques prises pour la garantie d'une
« somme déterminée sont restreintes dans les limi-
« tes de la créance garantie, que le créancier n'a
« pas le pouvoir d'élargir et d'étendre à son gré,
« de manière à toucher ou à faire toucher, par
« suite de subrogation, la dite créance autant de
« fois qu'il y a d'immeubles hypothéqués... Qu'il
« est manifeste que chaque immeuble garantit bien
« la créance totale, mais sous la condition que
« les autres immeubles ne la procureront pas...
« qu'on ne peut assimiler le cas d'une cession
« d'antériorité ou d'une subrogation au cas où le
« créancier inscrit sur plusieurs immeubles dis-
« tincts, renonce à l'effet de son inscription, ou
« ne la fait pas valoir sur l'un des immeubles, en
« réservant son droit sur les autres, puisque la
« cession d'antériorité ou la subrogation sont, au
« contraire, l'affirmation du droit du subrogeant,
« lequel produit tout son effet par la collocation
« du subrogé ; qu'il est enfin constant que le su-

1. Sous Cass. Req. 31 janvier 1883, précité.

« brogeant qui reste créancier du débiteur, de la
« somme qu'il n'a pu toucher personnellement par
« suite de la subrogation consentie, ne peut plus
« invoquer que les garanties hypothécaires du
« subrogé dont il a pris la place... ».

Mais, devant la Cour d'Appel comme devant la Cour de Cassation, les consorts Courtier, tirant argument de la confusion faite par ce jugement, reprochèrent au système qui les condamnait, d'avoir pris pour une subrogation la simple cession d'antériorité qu'ils avaient consentie. Il est bien vrai, disaient-ils, que le créancier qui a subrogé un autre créancier dans ses droits sur l'un des immeubles, ne conserve le bénéfice de son hypothèque sur les autres biens, que déduction faite de la collocation obtenue par son subrogé. C'est bien ce qu'a décidé un arrêt de la Cour de Cassation du 11 février 1867 (1); mais il n'en est plus de même au cas d'une cession d'antériorité qui n'opère qu'une simple interversion de rang. Le cédant conservant alors sa créance et son hypothèque, conserve aussi sans restriction le droit de les exercer sur un autre immeuble ; c'est d'ailleurs ce qui résulte de l'antithèse établie par ce dernier arrêt, entre les

1. Cass. Req. 11 février 1867 ; S. 67, 1, 101 ; D. 67, 1, 465 ; J. P. 1867, 248 ; V. aussi Pont, *op. cit.*, n° 765 ; et Martou, *op. cit.* N° 934.

deux sortes de conventions. Enfin, ajoutaient-ils, en cédant leur priorité de rang sur l'un des immeubles, ils avaient expliqué formellement qu'ils entendaient garder leur créance, et réserver tous leurs droits hypothécaires sur l'autre immeuble.

Devant la Cour d'Appel de Paris, l'Avocat Général répondit que les premiers juges n'avaient fait aucune confusion entre la cession d'antériorité et la subrogation ; qu'en droit et dans espèce, ils avaient dit qu'il n'y avait pas de différence entre les effets que devait produire une cession de priorité et ceux que produirait une véritable subrogation. Il n'y avait pas confusion, mais assimilation.

« Au point de vue du droit de préférence (disait
« l'Avocat Général) et quand il s'agit de la distri-
« bution du prix de l'immeuble, la cession d'an-
« tériorité ne produit ni plus ni moins d'effets que la
« cession de l'hypothèque elle-même... Qu'est-ce
« donc, en effet, que l'hypothèque, au moment où
« nous nous plaçons, sinon le droit à un rang plus
« ou moins avantageux entre les créanciers ?...
« Quant à la réserve faite par le groupe Courtier
« en consentant l'antériorité, la question n'est pas
« de savoir ce qu'il a voulu, mais ce qu'il a pu
« faire, qui fût opposable aux autres créanciers
« hypothécaires ».

Le système admis par les premiers juges fut confirmé par un arrêt de la Cour d'Appel de Paris du

15 décembre 1881 et par l'arrêt de rejet de la Chambre de requêtes du 31 janvier 1883 (1).

Ainsi, à ce point de vue tout spécial, les effets de la cession d'antériorité se rapprochent de ceux de la subrogation ; dans l'une et l'autre hypothèse le cédant comme le subrogeant épuise son droit hypothécaire à l'égard des créanciers auxquels la convention porterait préjudice. Nous reconnaissons qu'il y a quelque bien fondé dans cette assimilation, encore qu'elle nous paraisse avoir été exagérée devant la Cour d'Appel par l'Avocat Général dont nous avons cité plus haut les conclusions. Quant à la confusion faite par les premiers juges, nous devons dire qu'elle fut rectifiée par l'arrêt de la Cour d'appel qui, suivant nous, rétablit la vérité. « Considérant, dit l'arrêt, que les principes de « droit qui ont servi de base à la décision frappée « d'appel sont applicables à la cause, sous la seule « condition de considérer les actes de cession d'antériorité comme emportant, non une véritable « subrogation, mais une substitution partielle des « consorts Patria dans les droits hypothécaires « des consorts Courtier. Qu'il y a lieu en conséquence, et sous la réserve qui vient d'être indiquée, de décider, ainsi que l'ont fait les premiers

1. Cass. Req. 31 janvier 1883, S. 84, 1, 321 ; D, 82, 1, 317.

« juges, que les consorts Courtier ont épuisé leur « droit hypothécaire ».

Nous approuvons pleinement cette réserve, et avec cette modification, nous ne pouvons qu'accepter le système de ces décisions dictées par l'esprit d'équité. Les résultats injustes qu'amènerait l'adoption de l'opinion contraire doivent la faire rejeter.

Il est bien évident que vis-à-vis du débiteur, le cédant reste créancier et créancier hypothécaire de tout ce qu'il n'a pu toucher dans l'ordre ouvert sur le prix du premier immeuble ; en sorte que si le prix du second immeuble suffit au paiement de toutes les dettes, il viendra le dernier, sans pouvoir être repoussé par le débiteur. Mais, à l'égard des créanciers inscrits, comme le dit excellemment M. Labbé, dans une note accompagnant l'arrêt de Cassation (S. 84-1-321), le cédant « ne peut faire produire à ses deux inscriptions plus que ce qu'elles garantissent. En présence de deux séries différentes de créanciers dans l'un et l'autre ordre, cette solution nous paraît commandée par les principes juridiques ; la première inscription ayant procuré tous les effets qu'on en attendait, la seconde est devenue inopérante au regard des créanciers ; décider autrement, ce serait bouleverser le régime hypothécaire » (1).

1. V. en ce sens Gauthier, *op. cit.*, n° 588.

A ce système, on objecterait en vain le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque et le droit qui appartient au créancier ayant une hypothèque sur divers immeubles faisant partie du même patrimoine, de se faire colloquer à son gré, pour la totalité de sa créance sur l'un ou l'autre de ces immeubles. Sans doute, ce droit est généralement admis, et la jurisprudence n'y apporte d'autre restriction que l'obligation pour le créancier d'agir sans fraude, et dans la limite de son intérêt. Les créanciers postérieurs auxquels l'option du créancier à hypothèque générale préjudicie, n'ont pas à s'en plaindre, puisque leur titre de créance ne leur confère que le droit d'être payés après lui, mais il n'en est plus de même si le cédant a déjà usé, par l'intermédiaire d'un cessionnaire de l'antériorité, de son droit de préférence sur un autre immeuble. En ce cas, l'argument ne porte plus. A l'appui de l'opinion contraire, on peut être tenté d'invoquer un arrêt de la Chambre Civile du 3 mars 1856 (1). Mais, dans l'espèce objet de cet arrêt, il s'agissait d'exercer non le droit de préférence vis-à-vis d'autres créanciers inscrits, mais le droit de suite contre un tiers détenteur qui avait négligé de remplir les formalités de purge.

C'est encore sur l'exercice du droit de suite con-

1. Cass. Civ. 3 mars 1856 ; S. 57-1-55.

tre des tiers détenteurs n'ayant pas purgé que statue l'arrêt de la chambre des requêtes du 22 avril 1856 (1), d'après lequel le créancier qui a cédé l'antériorité sur un immeuble, ne peut exercer ses droits hypothécaires sur un autre bien, lorsque la cession a été faite par pure malice et dans le dessein de causer un préjudice au tiers acquéreur de l'immeuble.

Donc, malgré les apparences, ces deux derniers arrêts sont à côté de notre question.

Mais, par un arrêt du 10 août 1880 (2), la Cour de Lyon nous paraît avoir admis le système opposé à celui consacré dans l'affaire Courtier. La décision des juges semble ici avoir été entraînée par cette considération que l'antériorité ayant été consentie, dans l'espèce, au profit du créancier immédiatement postérieur au cédant, le résultat était le même que si celui-ci se fût simplement abstenu de produire à l'ordre ouvert sur le premier immeuble. Il n'en est pas moins vrai qu'au point de vue des principes, il y a là une contradiction avec le système de la Cour de Cassation, système où l'on distinguait avec soin la convention d'antériorité de l'abstention et de la renonciation à l'hypothèque.

La question que nous venons d'étudier nous

1. Cass. Req. 22 avril 1856 ; S. 53-1-392.

2. Lyon, 10 août 1880 ; D. 81-2-160.

suggère toutefois la remarque suivante : Si l'ordre s'était ouvert d'abord sur un immeuble autre que celui relativement auquel l'antériorité avait été cédée, si, par exemple, dans l'affaire Courtier ci-dessus, le prix de la propriété de l'avenue des Gobelins avait été mis en distribution avant celui de l'immeuble de la rue des Jeuneurs, le cédant eût été colloqué en ordre utile ; touchant intégralement sa créance, il aurait perdu son hypothèque et l'extinction de celle-ci aurait entraîné du même coup l'anéantissement de la cession de priorité.

Ainsi, les effets de la convention sont subordonnés à l'ordre dans lequel les immeubles seront expropriés. Ce résultat bizarre rend particulièrement fragile la cession d'antériorité consentie relativement à un immeuble par un créancier dont l'hypothèque grève d'autres biens. La sécurité que donne la convention pourra n'être qu'un leurre. Au cessionnaire à ne pas s'y laisser tromper.

Ce que nous venons de dire des effets de la cession d'antériorité à l'égard des tiers suffit à montrer combien chimériques étaient les craintes de M. Bertauld (1). Cet auteur, en effet, repoussait la validité de la convention, en prétendant qu'au cas où l'hypothèque du cédant portait sur plusieurs immeubles, on arrivait par la cession de priorité,

1. Bertauld, *op. cit.*, n° 21 ; v. ci-dessus chap. III.

à faire produire à cette hypothèque deux fois son effet. Cette idée inexacte avait aussi contribué, lors du projet de réforme hypothécaire de 1850, à faire rejeter la cession isolée de l'hypothèque, cession qui, d'après M. de Vatimesnil, aboutirait à un « trafic très fâcheux » de cette garantie. Ce sont là des dangers imaginaires puisque, quelle que soit la convention, cession de l'hypothèque, ou cession du rang, la condition des tiers n'en peut être affectée ni en bien, ni en mal (1).

A l'inverse de ce que nous avons dit, et par application du même principe, il faut décider que les tiers ne peuvent se prévaloir de la convention d'antériorité que seuls les intéressés peuvent invoquer. Ces tiers ne sauraient prétendre que la cession de priorité à laquelle ils sont restés étrangers, constitue pour eux un droit acquis.

La Chambre des Requêtes, par un arrêt de rejet du 9 janvier 1893 (2), a fait une application de cette règle incontestable, en décidant que les créancier postérieurs, auxquels la convention n'aurait pu nuire, ne sauraient l'invoquer pour prétendre qu'elle aurait éteint le droit hypothécaire du cédant, comme si celui-ci avait renoncé purement et simplement à son hypothèque.

1. Beudant, *op. cit.*, n° 56.

2. Cass. Req., 9 janvier 1893; S. 94, 1, 73; D. 95, 1, 105.

Ce principe paraît cependant avoir été méconnu par quelques auteurs de l'ancien droit. Benech (1) nous apprend, en effet, que Voët, Olea et Cancellarius enseignaient que la femme qui consentait une antériorité dans son hypothèque, était rejetée immédiatement après le bénéficiaire de la convention, sans que celui-ci prit le rang abandonné par elle ; en sorte que la cession d'antériorité profitait à tous les créanciers intermédiaires.

C'était aller à l'encontre des principes juridiques, aussi bien que de l'intention vraisemblable des parties ; il vaut mieux dire avec Justinien :
« *Non debet hæc renuntiatio trahi ad alias*
« *personas, nec ad alias res, nisi de quibus*
« *actum est* ».

1. Benech, *op. cit.*, p. 39.

CHAPITRE IX

CAPACITÉ.

Le cédant doit avoir la capacité de faire mainlevée sans paiement. — Mineur : la loi du 27 février 1880 est ici sans application. — L'article 472 du Code civil est généralement applicable. — Cession du rang d'une hypothèque garantissant une créance incessible et insaisissable. — La cession d'antériorité peut être rendue inefficace par une saisie-arrêt antérieure. — Le conservateur requis de mentionner la cession d'antériorité n'a pas qualité pour exiger la justification de la capacité juridique du cédant.

Nous avons considéré la cession d'antériorité comme un contrat à titre onéreux, mais nous avons ajouté que l'avantage procuré au cédant par la convention n'était qu'un avantage inégal, généralement indirect, et qui ne saurait être l'équivalent de l'abandon de la priorité. C'est qu'aux motifs intéressés qui ont pu contribuer à déterminer le consentement du créancier de rang antérieur, s'ajoute le plus souvent une intention généreuse. Non seulement le cédant ne retire pas toujours de l'opération

une compensation sérieuse, mais encore la cession de sa priorité, en le rejetant à un rang où peut-être il ne sera plus en ordre utile, peut avoir pour résultat l'anéantissement de sa garantie hypothécaire, et par suite, la perte totale de sa créance.

La conséquence de ce résultat, c'est qu'il faut exiger du créancier antérieur qui cède son rang la même capacité que s'il s'agissait pour lui de renoncer gratuitement à sa garantie hypothécaire, c'est-à-dire la capacité de faire mainlevée, sans paiement, du privilège ou de l'hypothèque garantissant sa créance.

L'application de ce principe n'est pas sans difficultés lorsque l'antériorité est cédée par un mineur.

La première question qui se pose alors est celle-ci : faut-il ici appliquer la loi du 27 février 1880 relative à l'aliénation des valeurs mobilières appartenant aux mineurs ou aux interdits ?

Admettre l'affirmative, c'est faire les distinctions suivantes :

Si la créance du cédant est inférieure à 1500 francs, l'autorisation du conseil de famille suffira, sans qu'il soit besoin d'obtenir l'homologation du tribunal (art. 1 et 2, l. 27 février 1880).

La même règle s'appliquera au mineur émancipé au cours de la tutelle (art. 4 de la loi).

Quant au mineur émancipé du vivant de ses

père et mère, de même que pour le mineur émancipé par le mariage (même article), il faudra décider dans cette opinion, qu'ils peuvent céder leur rang hypothécaire avec la seule assistance de leur curateur, quelle que soit l'importance de la créance garantie. On admet en effet généralement que ces mineurs émancipés ont la faculté d'aliéner leurs meubles incorporels sans aucune autre formalité.

Que si, au contraire, on repousse l'application de la loi du 27 février 1880, pour s'en tenir aux conditions de capacité requises pour faire mainlevée de l'hypothèque, sans paiement, ces distinctions ne sont plus nécessaires. Que le mineur soit émancipé ou non, que sa créance soit ou non inférieure à 1500 francs, il faudra dans tous les cas l'autorisation du conseil de famille homologuée par le tribunal (art. 484 al. 1). La nécessité de ces formalités généralement admise pour faire mainlevée sans paiement (1) se fonde, par un argument d'analogie, sur les articles 457 et 458 du Code civil.

En outre, cette autorisation ne devra être donnée « que pour cause d'une nécessité absolue, ou d'un avantage évident » (art. 457 C. C.). Ces conditions ne se rencontreront que bien rarement à l'occasion d'une cession d'antériorité, et par suite

1. Boulanger, *Radiations hypothécaires*, I, N^{os} 281 et 320.

la convention sera, dans ces cas, rarement autorisée.

Tel est l'intérêt de la question. Maintenant en quel sens faut-il se prononcer ?

En faveur du premier système, on peut tenir le raisonnement suivant :

L'hypothèque ou le privilège dont le rang est cédé est sans doute un droit réel sur un immeuble, autrement dit, un droit immobilier ; mais, d'autre part, ce n'est qu'un droit accessoire, et le principal, c'est-à-dire la créance qui va se trouver compromise, est bien un droit purement mobilier et incorporel. Dès lors, n'est-il pas tout simple d'appliquer les règles relatives à l'aliénation des droits mobiliers incorporels ?

C'est à cette opinion que s'est rangé un jugement du Tribunal civil d'Angoulême du 13 janvier 1885 (1), d'après lequel la cession d'antériorité consentie par une femme mineure, émancipée par le mariage, serait valable bien que le consentement ait été donné sans autre formalité que l'autorisation du mari. Ce jugement est basé sur ce que « l'antériorité consentie constituait en réalité « une véritable aliénation de la créance » et sur ce que le paragraphe final de l'article 4 de la loi

1. *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*, juillet 1885, n° 7138. Defrénois, table décennale 1881 à 1890, n° 2470.

du 27 février 1880 a étendu la capacité du mineur émancipé par le mariage.

Ces arguments ne nous ont pas convaincu et nous croyons que l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal sont toujours nécessaires pour la validité de la cession d'antériorité faite par un mineur.

Ce n'est pas, en effet, sur la créance, mais sur sa garantie, que porte le traité. Notre convention ne modifie pas la créance, directement tout au moins, mais seulement l'hypothèque dont le rang est échangé. Enfin, au pis aller, la conséquence la plus grave que l'opération puisse offrir, est identique au résultat normal d'une main levée sans paiement. N'est-il pas logique d'exiger dans les deux cas la même capacité? *Eadem est ratio*.

Quant à la loi de 1880, spéciale à l'aliénation des valeurs mobilières des incapables, elle a eu pour but de restreindre les droits du tuteur sur un point où le Code Civil l'avait laissé omnipotent. Elle est donc restée étrangère aux actes qui, sous la législation antérieure, étaient soumis à des formalités plus rigoureuses. Or, de l'avis général, la main levée sans paiement est de ce nombre. D'ailleurs, la loi de 1880 suppose une vente de la créance ; elle détermine même, dans son article 3, comment cette vente devra être effectuée. Ici, au contraire, il n'y a pas à proprement parler, aliéna-

tion de la créance puisque le cédant reste créancier ; il ne peut y avoir que perte de celle-ci par suite de l'anéantissement de la garantie hypothécaire.

Spécialement, le mineur émancipé par le mariage échappe aux prescriptions de la loi précitée. Le jugement du tribunal civil d'Angoulême se fonde, il est vrai, sur ce qu'au Sénat, le rapporteur de la loi nouvelle a déclaré que ces mineurs émancipés avaient la capacité nécessaire pour faire des actes d'aliénation, avec la seule assistance de leur curateur. Mais il ne faut pas admettre cette déclaration sans réserve ; et d'ailleurs, les travaux préparatoires ne sont pas la loi. Cette loi de 1880 n'a pas donné à la catégorie de mineurs émancipés dont nous parlons, des pouvoirs plus larges que ceux qu'ils avaient sous l'empire de la législation antérieure ; elle s'est bornée à dire que ses dispositions ne leur étaient pas applicables (art. 4, dernier al.). Comme le mineur en tutelle, le mineur émancipé, même si l'émancipation résulte du mariage, devra, suivant nous, obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (1).

Mais, dira-t-on, imposer dans tous les cas ces deux formalités, c'est être plus exigeant pour la simple cession d'antériorité qui n'affecte que l'hy-

1. V. Boulanger, *op. cit.*, I, n° 342, 2° et 16°.

pothèque, c'est-à-dire la garantie de la créance, que pour la cession de cette créance elle-même.

La réponse est facile : le transport de la créance peut être un acte d'administration, et d'ailleurs, la créance cédée est dans tous les cas remplacée dans le patrimoine du mineur par un prix. Rien de pareil pour la cession de priorité. Celle-ci est un acte complexe qui, dans une certaine mesure, est la réalisation d'une pensée généreuse, et l'administration ne comporte pas de tels actes. C'est en outre et à plusieurs points de vue un acte particulièrement grave : D'abord, les conséquences en sont d'autant plus dangereuses qu'étant lointaines et éventuelles, elles frappent moins l'attention du créancier cédant. En outre, la cession d'antériorité peut avoir pour le créancier qui la consent, ce résultat désastreux d'aboutir à la perte de la créance sans aucune compensation équivalente. N'est-ce pas suffisant pour justifier la rigueur des conditions de capacité requises ?

La minorité du cédant soulève une autre difficulté. L'article 472 du Code civil qui déclare nul tout traité intervenu entre l'ex-mineur devenu majeur et son tuteur, avant que celui-ci ait rendu son compte de tutelle, est-il applicable à la cession de l'antériorité de son hypothèque légale consentie par le ci-devant mineur au profit d'un créancier hypothécaire du tuteur ?

La question est délicate. Avec sa majorité, l'ex-mineur acquiert une capacité absolue, capacité qui n'est limitée par l'article 472 que dans ses rapports avec son ancien tuteur. Cette restriction de l'article 472 étant une exception au principe, il est bien évident qu'elle ne doit pas être étendue hors des cas pour lesquels elle a été faite. Dès lors, il semble que cet article soit hors de cause, toutes les fois qu'il s'agit d'actes passés entre le majeur et des tiers, notamment quand l'ex-mineur cède à des créanciers de son tuteur, la priorité de rang de son hypothèque pupillaire. C'est bien ce qu'a décidé un jugement du tribunal civil de Clamecy du 20 juin 1851, confirmé par un arrêt de la Cour d'appel de Bourges du 20 février 1852 (1), dans une espèce où le juge-commissaire avait, dans son règlement provisoire, fait application de l'article 472 à la cession d'antériorité faite dans de semblables conditions. Le jugement précité s'appuie sur les motifs suivants adoptés par la Cour d'Appel : « Attendu... qu'autre chose sont les trai-
« tés qui peuvent intervenir entre le tuteur et son
« ancien pupille, autre chose sont les obligations
« que celui-ci peut prendre à l'égard des tiers,
« même dans l'intérêt du premier. Que rien ne

1. Bourges, 20 février 1852 ; S. 52, 2, 645 ; J. P. 1852, I, 392 ;
D. 55, 2, 111.

« peut s'opposer à ce que le pupille devenu majeur
« puisse s'obliger à l'égard des tiers ; que donner
« à l'article 472 une telle portée, ce serait prolon-
« ger l'incapacité du pupille, et non le protéger
« contre l'influence abusive de son tuteur. »

Ici encore, nous repousserons le système pour lequel la jurisprudence s'est prononcée. Nous admettons bien volontiers l'opinion généralement suivie, d'après laquelle la prohibition de l'article 472 ne s'applique qu'aux actes relatifs à la gestion du tuteur.

Mais nous considérons que la cession d'antériorité par l'ex-mineur rentre précisément dans cette catégorie d'actes, et nous prétendons qu'en règle générale, on peut dire qu'elle intervient entre le majeur et son ancien tuteur. Nous en concluons que l'article 472 reçoit ici son application.

Pour cela, nous écartons tout d'abord les cas exceptionnels où la cession d'antériorité est consentie par le créancier antérieur directement au profit, et dans le seul intérêt du cessionnaire, sans que le cédant ait pris en considération l'intérêt du débiteur. Celui-ci reste alors complètement étranger à l'affaire et n'en retire aucun avantage. Nous concédons qu'en pareil cas, l'article 472 soit hors de cause. Mais, de telles hypothèses sont rares en pratique, et leur recherche est une question d'appré-

ciation qui sera laissée à la sagacité des tribunaux.

Nous avons suffisamment montré que d'ordinaire, c'est surtout au profit du débiteur, et pour rétablir son crédit, qu'intervient la cession d'antériorité. Il en était ainsi dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Bourges, puisque la cession de priorité avait été la condition d'un prêt fait par le cessionnaire à l'ancien tuteur. Loin de rester étranger à l'opération, le tuteur en pareil cas en prend l'initiative. C'est lui, et généralement lui seul, qui sollicite de son ancien pupille, l'abandon de sa priorité hypothécaire. C'est encore lui qui met ensuite en contact les deux volontés du pupille et de l'autre créancier. Qu'importe par suite, que le tuteur ait ou non figuré à l'acte constatant la convention ? Cet acte peut bien n'être passé qu'entre le cédant et le cessionnaire, il n'en déguise pas moins un traité fait avec le débiteur et à son profit. Malgré les apparences, on sent planer sur toute la convention la volonté du tuteur. Le consentement donné par son ex-pupille est la réalisation de ses désirs, le couronnement de ses efforts. Que faut-il davantage pour qu'il y ait, selon les termes de l'article 472, « *traité intervenu entre le tuteur et le mineur devenu majeur* » ? (1)

1. V. pour le cas de renonciation à son hypothèque par l'ex-mineur au profit d'un tiers détenteur, Cass. Civ. 12 juillet 1847 ; D. 47, 1, 314.

D'autre part, la cession du rang de l'hypothèque pupillaire est bien une convention relative au compte de tutelle, puisque cette cession peut avoir pour résultat de compromettre le recouvrement du reliquat de ce compte. D'ailleurs, les motifs sur lesquels est fondé l'article 472 se retrouvent ici avec toute leur force. La loi n'a pas voulu que l'examineur traite en aveugle, dans l'ignorance du résultat de la gestion de son tuteur. Elle a cherché en outre à le protéger contre les écarts d'une condescendance irréfléchie envers le tuteur, comme aussi contre les exigences que pourrait favoriser l'influence de ce dernier sur son pupille. Or, on conçoit que la connaissance du résultat du compte de tutelle ait de l'importance, quand il s'agit d'affaiblir l'hypothèque qui le garantit ; et d'un autre côté la cession d'antériorité peut avoir été arrachée au pupille qui, n'étant pas encore à la tête de ses affaires, n'a pas été soustrait à la domination de son ex-tuteur.

On nous objecterait en vain que le ci-devant mineur se trouve dans une position analogue à celle de la femme mariée à laquelle on reconnaît le droit de se désister de son hypothèque légale au profit des tiers, ou de consentir une cession d'antériorité, alors même que le mari en tire avantage (1) tandis qu'on ne lui permet pas de faire

1. V. Paris, 29 juin 1812 ; S. *Table générale*, V. *hypothèque légale*, n° 222.

une semblable renonciation directement au profit de son mari sans remplir les formalités des articles 2144 et 2145 du Code Civil. La réponse est la même que celle faite lors de l'élaboration de l'article 71 de la loi belge du 16 décembre 1851 (1). La commission spéciale a fait remarquer en effet que si le mari tire avantage de la renonciation faite au profit d'un tiers, la famille tout entière en profite également, et la prospérité de la famille est un intérêt supérieur. Nous ne trouvons plus ce même intérêt au cas de consentement à antériorité par l'ex-mineur.

Aussi, malgré l'autorité de l'arrêt de la Cour de Bourges précité, nous restons convaincu qu'en règle générale, l'article 472 reçoit son application au cas qui nous occupe. Nous croyons donc prudent pour les notaires, qu'inquiète l'exagération de leur responsabilité à laquelle se plaît la jurisprudence, de ne se prêter à la rédaction d'une semblable convention d'antériorité, ou même d'une procuration destinée à la consentir, qu'après s'être assurés de la reddition du compte de tutelle.

A côté des questions d'incapacité qui affectent la personne même du cédant, viennent se placer les questions d'indisponibilité qui n'affectent que la créance garantie par l'hypothèque, objet de la

1. Laurent, *op. cit.*, t. 31, n° 328.

cession d'antériorité. Dans cet ordre d'idées, on peut se demander s'il est possible de céder le rang d'une hypothèque garantissant une rente viagère incessible et insaisissable.

La jurisprudence nous offre à ce sujet deux décisions contradictoires : un arrêt de la Cour de Caen du 9 juillet 1862 (1) décide que rien ne s'oppose à ce qu'une telle convention d'antériorité reçoive son effet, tandis que la Cour de Lyon, par un arrêt confirmatif du 28 avril 1869 (2) a déclaré nulle une semblable cession de priorité.

Malgré le contraste des résultats, ces deux décisions nous paraissent devoir être approuvées l'une et l'autre. C'est que la question, croyons-nous, ne comporte pas une solution absolue, et les deux arrêts précités correspondent à des situations différentes qui constituent les deux termes de la distinction à faire.

Si l'hypothèque garantissant la créance incessible et insaisissable résulte *ex contractu*, c'est-à-dire a été conférée par une convention, le rang peut bien en être cédé par une autre convention passée entre les mêmes parties, c'est-à-dire entre celui qui a constitué l'hypothèque et celui qui l'a stipulée. C'était ainsi que les choses s'étaient passées

1. C. Caen, 9 juillet 1862 ; S. 63, 2, 103.

2. C. Lyon, 28 avril 1869 ; S. 70, 2, 53.

dans l'espèce de l'arrêt de la Cour de Caen où la cession d'antériorité était faite, comme d'ordinaire, dans l'intérêt de la débitrice, pour lui permettre un emprunt, et résultait d'une convention intervenue entre elle et la crédi-rentière, bénéficiaire de l'hypothèque.

Si au contraire l'hypothèque, comme la pension alimentaire elle-même, a son origine dans une disposition testamentaire, il est bien évident que la cession de la priorité de cette hypothèque sera une violation de la volonté du testateur, qui fait la loi du légataire. Tel était le cas de l'arrêt de la Cour de Lyon, dont les motifs sont très précis à cet égard.

Une autre cause d'indisponibilité, celle-là particulièrement dangereuse pour les tiers, est celle qui résulte de la saisie-arrêt portant sur la créance dont le rang hypothécaire est cédé. Le saisi, étant par cette procédure, dépouillé du droit de disposer directement ou indirectement de la créance, au préjudice du saisissant, ne peut désormais en compromettre la garantie hypothécaire, par une cession de priorité. L'indisponibilité qui frappe la créance saisie-arrêtée, se communique à l'hypothèque, en sorte que le cessionnaire de l'antériorité se verra opposer le droit antérieur du saisissant. En conséquence, ce dernier sera colloqué dans l'ordre ouvert sur le prix de l'immeuble

hypothéqué avant celui auquel le débiteur saisi a cédé l'antériorité de son hypothèque postérieurement à la saisie-arrêt (1).

Cette solution soulève cependant une objection sérieuse : c'est qu'elle porte une grave atteinte au principe de la publicité qui est la base de notre régime hypothécaire. Le cessionnaire, en effet, se heurte à une saisie-arrêt antérieure dont rien ne lui a révélé l'existence. Avant de traiter, il a pris, toutes les précautions possibles. Il s'est assuré, en levant un état hypothécaire, qu'il n'avait devant lui qu'un seul créancier, celui dont il allait obtenir le rang. S'étant ainsi mis à couvert, il a cru sa sécurité certaine, et voilà toute sa prudence déjouée !

A ce cessionnaire, victime de la mauvaise foi du cédant, et sans doute aussi de celle du débiteur, on fera cette réponse que dans l'état actuel de notre législation, le principe de la publicité n'est appliqué que d'une façon relative et très imparfaite ; que notamment, aucune loi n'oblige à mentionner sur les registres du conservateur la saisie-arrêt pratiquée sur une créance hypothécaire. Nous sommes en présence d'une lacune due à l'imprévoyance du législateur ; à ce dernier seul, il appartient d'y remédier. En tout cas, le cessionnaire ne

1. Cass. Req. 21 mai 1889 ; D., 89, 4, 367 ; S. 89, 4, 357.

peut faire aucun reproche au saisissant, il ne peut que s'en prendre au saisi qui l'a trompé. Mais celui-ci est d'ordinaire insolvable, en sorte que le cessionnaire ne reçoit satisfaction d'aucun côté.

Le résultat est grave, et les conséquences fâcheuses de cette clandestinité doivent accroître la méfiance des créanciers qui cherchent dans une cession de rang leur sécurité.

En pratique, le cessionnaire cherche à se mettre à l'abri en faisant intervenir, à l'acte constatant la convention, le débiteur qui déclare qu'il n'existe aucune saisie-arrêt pouvant empêcher l'effet du contrat. Mais cet expédient est insuffisant contre la fraude.

Sous ce rapport encore, la convention d'antériorité présente des dangers qui rendent ce moyen de sûreté souvent illusoire.

Nous verrons tout à l'heure, qu'elle aussi, la cession de priorité échappe au principe de la publicité, mais qu'en pratique, le cessionnaire fait généralement inscrire la cession en marge des inscriptions dont le rang est échangé. On se demande alors si le conservateur a qualité pour exiger la justification de la capacité juridique du cédant. La même question se pose, et reste douteuse, au cas de mention d'une subrogation (1).

1. V. pour l'affirmative Cour d'Amiens, 14 mai 1890 (*Le Droit* du 15 octobre 1890) ; et pour la négative, Cour d'Aix, 29 avril 1890 (*La Loi* du 10 mai 1890).

Mais, quant à la cession d'antériorité, nous croyons que le Conservateur n'a pas à en examiner la valeur. Il doit, suivant nous, se borner à déférer à la réquisition de mention qui lui est faite.

En effet, il est de principe dans notre système hypothécaire, que le conservateur n'a pas à se faire juge du mérite des actes qui lui sont soumis (art. 2199, C. C.), et cette règle ne reçoit qu'une exception relative à la radiation des inscriptions (art. 2157, C. C.). Or, la mention d'antériorité n'entraîne pas une radiation, puisqu'elle ne fait pas disparaître l'hypothèque ; elle n'est même pas équivalente à une mention de subrogation, puisqu'elle laisse subsister cette hypothèque dans le patrimoine du cédant. Elle n'est donc ni une radiation, ni un acheminement à une radiation, et dans tous les cas, le consentement du cédant sera nécessaire pour faire opérer la main levée. Le droit de contrôle du conservateur serait donc sans fondement.

CHAPITRE X

FORME. — PUBLICITÉ.

Absence de conditions de forme. — Acte sous-seings privés. — Cession d'antériorité tacite. — Signification au débiteur. — Clandestinité de la convention d'antériorité. — Utilité de la mention marginale. — Conséquences de la clandestinité : danger pour les tiers. — Nécessité d'une extension à la convention d'antériorité de la règle de l'article 91. 23 mars 1855.

Dans le silence de la loi, ou plutôt, en l'absence de disposition législative spéciale à la matière, nous considérons que la cession d'antériorité n'est soumise à aucune condition de forme. Le seul consentement des parties suffit à la perfection de la convention. Sans doute, il est dans l'usage de dresser un écrit, mais cet écrit n'a d'importance qu'au point de vue de la preuve, il n'est pas nécessaire pour la formation de la convention.

C'est que, dans notre droit, la règle générale est que les contrats sont consensuels. Ceux-là seulement sont solennels que la loi, par une disposition expresse, soumet à certaines formes à peine d'inexis-

tence, et la convention d'antériorité n'est pas du nombre.

De là suit que l'acte dressé par les parties *ad probationem* n'est pas nécessairement un acte authentique. La convention peut être constatée par un simple acte sous-seings privés, et cet acte pourra être opposé aux tiers, s'il a acquis date certaine par un des procédés de l'article 1328. Les « tiers » dans le sens de cet article, ce sont non seulement les *penitus extranei*, mais encore et surtout, les ayant-cause à titre particulier du cédant auxquels la convention pourrait préjudicier, par exemple les cessionnaires postérieurs, soit de l'antériorité, soit de l'hypothèque, soit de la créance elle-même.

Nous sommes ici en opposition manifeste avec la pratique actuelle. Prenant leurs désirs pour des réalités, les guides habituels des praticiens enseignent comme non douteuse la règle de l'authenticité (1). A l'appui de leur opinion, ils invoquent les articles 2127, 2129, 2148, 2158 du Code civil et 9 l. 23 mars 1855.

La constitution d'hypothèque, dit-on tout d'abord, n'a d'existence légale qu'autant qu'elle est fai-

1. *Dictionnaire du Notariat*, V. *Cession d'antériorité*, n° 9. Bertheau. *Dictionnaire général*, eod. V°. n° 24, 577. Defrénois. *Traité et formulaire du notariat*, IV, n° 9 579. Amiaud. *Traité formulaire du notariat*, I. eod. V°.

te par acte notarié (art. 2127 et 2129). N'en doit-il pas être de même de toutes les conventions relatives à l'hypothèque ? Est-ce que d'ailleurs la loi n'a pas, à plusieurs reprises, renouvelé cette exigence d'un acte authentique ? C'est en premier lieu l'article 2158 du Code civil pour la main levée de l'inscription ; c'est ensuite l'article 91. 23 mars 1855 pour les divers cas de subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées ; c'est enfin la loi du 13 juillet 1889 pour la renonciation que fait la femme à son hypothèque au profit du tiers acquéreur. Cette persistance du législateur à imposer la règle de l'authenticité, à divers actes ayant l'hypothèque pour objet, ne dénote-t-elle pas sa pensée de faire de l'authenticité une règle générale et absolue dominant tout notre régime hypothécaire ? D'ailleurs, ajoute-t-on, le créancier ne peut rendre son hypothèque publique par l'inscription qu'au moyen d'un acte authentique (art. 2148) ; de même ne faudra-t-il pas dire que la cession d'antériorité ne pourra pas être mentionnée sur les registres du conservateur sur la présentation d'un simple acte sous seings-privés.

Que la règle soit absolue lorsqu'il s'agit du contrat hypothécaire lui-même, ce n'est pas douteux ; que la tendance du législateur soit d'exiger cette même règle pour toutes les conventions relatives à l'hypothèque légale de la femme, cela est mani-

festé. Mais, est-ce suffisant pour généraliser et dire que toutes les fois qu'une convention a pour objet une hypothèque, cette convention doit être passée par acte authentique ? Rien n'autorise une telle affirmation. Dans les cas où elle est imposée par la loi, l'authenticité s'explique, sinon se justifie, par une même idée de protection : protection pour le débiteur contre les surprises dont il pourrait être victime ; protection pour la femme contre les abus de pouvoir du mari. L'analogie est évidente entre les deux hypothèses ; le législateur a pensé que dans les deux cas, la présence du notaire serait une sauvegarde de la liberté du débiteur ou de la femme.

La situation n'est plus la même quand il s'agit de la cession d'antériorité. Sans doute, la convention est dangereuse par elle-même, mais le cédant conserve toute sa liberté, n'étant soumis à aucune influence étrangère, il n'est pas, comme l'emprunteur, pressé par des besoins d'argent qui le mettent à la merci de ses créanciers ; à la différence de la femme, il n'est sous la domination de personne.

Quant à l'argument qui consiste à dire qu'un acte authentique est nécessaire pour servir de fondement à la mention marginale de la cession d'antériorité, il reste, croyons-nous, sans force. En effet, nous verrons tout à l'heure que si cette men-

tion est utile, elle n'est nullement nécessaire. Le fût-elle d'ailleurs, que la question resterait douteuse. Est-ce que de simples actes sous-seings privés ne sont pas présentés tous les jours au conservateur pour être transcrits ? L'article 2148 ne s'applique qu'à la constitution d'hypothèque et la cession d'antériorité est tout autre chose.

C'est pourquoi, quelque sérieux que puissent paraître les motifs invoqués à l'appui de la théorie que nous venons d'exposer, nous persistons à croire que les conditions formalistes et restrictives exigées pour la constitution d'hypothèque ou pour les renonciations relatives à l'hypothèque légale des femmes, sont spéciales aux cas pour lesquels elles ont été créées. Elles sont étrangères à la convention d'antériorité qui reste soumise aux règles de droit commun (1). C'est trop généraliser que d'imposer l'authenticité à toute convention ayant une hypothèque pour objet. N'était-il pas admis d'ailleurs sous l'empire du Code civil, c'est-à-dire avant la loi de 1855, que la femme pouvait renoncer à son hypothèque aussi bien par acte sous-seings privés que par acte authentique ? et même, depuis cette dernière loi, jusqu'à ce que la controverse fût tranchée par la loi du 13 février 1889,

1. Il est bien entendu que nous parlons ici de la convention d'antériorité en général. Nous nous occuperons plus loin de celle relative à l'hypothèque légale de la femme.

c'était une opinion très défendue que celle qui permettait à la femme de faire une renonciation par un simple acte sous-seings privés (1). N'était-ce donc pas là une convention ayant une hypothèque pour objet ?

Quant à la question de l'authenticité envisagée en elle-même, au point de vue rationnel, elle divise les opinions. Tandis que l'un prétend plaisamment que l'acte authentique n'a d'avantages que pour le notaire, en lui fournissant l'occasion de réclamer des honoraires (2), d'autres, se plaçant à un point de vue plus sérieux, considèrent que l'acte sous-seings privés ne saurait satisfaire aux exigences d'un bon régime hypothécaire et que l'authenticité et la publicité sont le complément l'une de l'autre (3). Rappelons à cet égard que lors de la tentative de réforme hypothécaire faite en 1849, l'article 2139 du projet du gouvernement portait que le créancier hypothécaire pouvait céder son rang d'antériorité « mais seulement par acte authentique. »

La cession de priorité, généralement expresse, peut aussi être tacite.

1. V. la dissertation de M. Bufnoir sous Cass. 22 novembre 1880. S. 81, 1, 473.

2. *Gazette du Palais, Répertoire encyclopédique*, V. *hypothèque*, n° 117.

3. V. Besson, *Les livres fonciers et la réforme hypothécaire*, p. 163 ; Merignhac, *op. cit.*, n° 44.

La première manière est sans difficulté, mais la seconde donne lieu à une appréciation toujours délicate.

La cession est tacite lorsque la volonté du cédant est sous-entendue, c'est-à-dire lorsqu'elle résulte virtuellement et d'une façon manifeste de faits qui ne s'expliquent qu'en supposant à ce créancier l'intention de céder son rang. Il est impossible de déterminer par avance ces faits d'où l'on peut induire une cession de priorité, mais ils ne doivent laisser aucun doute sur la volonté du cédant. C'est là une question d'intention à résoudre par le juge. Le cas le plus fréquent est celui où le créancier ayant hypothèque sur un immeuble, concourt à l'acte par lequel le débiteur hypothèque ce même immeuble au profit d'un autre créancier. La présence du premier créancier implique l'intention de céder la priorité ; elle ne peut se justifier autrement, puisque le propriétaire n'avait pas besoin du créancier pour consentir une nouvelle hypothèque.

Cependant en droit romain déjà, la question faisait difficulté, et le jurisconsulte Paul interprétait cette intervention dans le sens d'une renonciation absolue à l'hypothèque : « *Paulus respondit, « Sempronium antiquiorem creditorem consentientem, cum debitor eamdem rem tertio creditori obligaret, jus suum pignoris remi-*

« *sisse videri, non etiam tertium in locum
« ejus successisse : et ideo medii creditoris
« meliorem causam effectam* » (1).

Il est vrai qu'un autre jurisconsulte, Marcien, au lieu de poser un principe général, ne voyait là qu'une question de fait : « *Erit autem facti questio agitanda, quid inter eos actum sit :
« utrum ut discedatur ab hypotheca in totum,
« cum prior concessit creditor alii obligari
« hypothecam : an ut ordo servetur, et prior
« creditor secundo loco constituatur* » (2).

Le dissentiment se perpétua dans l'ancien droit. Pothier, adoptant en définitive la doctrine de Marcien, fit remarquer qu'il fallait avant tout rechercher l'intention des parties, et qu'il pourrait arriver que le concours du premier créancier ne fût donné que pour céder son rang de priorité, mais non pour renoncer absolument à l'hypothèque (3).

Cette dernière opinion nous paraît préférable à celle du jurisconsulte Paul. Elle est évidemment plus conforme à l'intention des parties et à ce principe que, dans le doute, on doit présumer la renonciation la moins onéreuse. Nous verrons plus

1 Dig., liv. XX, tit. VI, fr. 12.

2 Dig., liv. XX, tit. IV, fr. 12, § 4.

3 Pothier, *Des hypothèques*, chap. 3, § 5; Persil, *Régime hypothécaire*, 3^e éd., II, art. 2180, n° 22, V. aussi Neguzantius, *op. cit.*, p. 423, n° 30.

loin que la difficulté se présente fréquemment lorsque la femme, tout en gardant le silence, figure au contrat par lequel son mari hypothèque un immeuble à lui propre ou dépendant de la communauté.

Enfin, il y a encore, non pas une véritable cession virtuelle de la priorité, mais quelque chose d'analogue à un consentement à antériorité tacite, lorsqu'au cas de cession d'une partie d'une créance hypothécaire, le cédant s'engage à payer à défaut du débiteur cédé, ou bien garantit la solvabilité actuelle et future du débiteur. En effet, lors de la distribution du prix de l'immeuble hypothéqué, le cédant et le cessionnaire se trouveront en concours, et pour tenir l'engagement qu'il a pris, le cédant devra laisser payer avant lui celui à qui il a transporté partie de sa créance (1).

On a prétendu quelquefois qu'il était nécessaire de signifier la cession d'antériorité au débiteur, ou d'obtenir son acceptation dans les termes de l'article 1690 du Code civil. C'est là une erreur. Nous avons en effet montré que la convention d'antériorité n'implique pas une cession de créance. Le débiteur n'a d'ailleurs aucun intérêt à connaître l'interversion des rangs de ses créanciers. En

1. P. n. *op. cit.*, I, n° 239; Aubry et Rau, IV, p. 445; Laurent, *op. cit.*, n° 323.

payant le créancier premier inscrit, il n'a pas à rechercher si celui-ci a conservé ou cédé sa priorité. La pratique la plus générale est en ce sens.

Quant à la publicité de la cession d'antériorité, elle n'est organisée ni par l'article 1690, ni par tout autre texte : elle n'existe pas. L'article 9, loi du 23 mars 1855 auquel on songe tout d'abord, n'est relatif qu'à l'hypothèque légale de la femme ; c'est une exception au droit commun. Tandis que la réforme projetée en 1849 s'étendait aux conventions relatives aux hypothèques de toute nature, le législateur de 1855 ne s'est préoccupé que de celles concernant l'hypothèque légale de la femme, parce qu'elles étaient de beaucoup les plus nombreuses. L'adage « *Exceptio est strictissimi interpretationis* » défend donc d'étendre aux hypothèques conventionnelles la règle de l'article 9.

Il en résulte que la cession d'antériorité est opposable aux tiers, par cela seul que l'acte qui la constate a acquis date certaine. Il faut observer à cet égard les règles que la jurisprudence avait consacrées avant la loi de 1855 pour la subrogation à l'hypothèque légale de la femme (1).

1. Aubry et Rau, *op. cit.*, § 228 ; Rivière et Huguet, *op. cit.*, n° 408 ; Troplong, *Transcr.*, n° 344 ; Bressolles, *Transcr.*, n° 100 ; Flandin, *Transcr.*, II, 1156, 1157 et 1174 ; Bertauld, *op. cit.*, n° 112 (V. en sens contraire Ducruet, *Transcr.*, n° 41).

En pratique, on ne manque jamais de faire mentionner la cession de rang en marge de l'inscription du cédant, ou mieux, en marge des deux inscriptions dont les rangs sont intervertis. Le conservateur remplit cette formalité sur la remise d'un extrait ou d'une expédition de l'acte constatant la convention d'antériorité. Mais, il ne faut pas s'y tromper, cette formalité qu'aucune loi ne prescrit, que seul l'article 2.200 du Code civil mentionne incidemment, n'est pas faite dans un but de publicité, et si elle est utile, elle n'est nullement nécessaire au point de vue de la validité de la cession vis-à-vis des tiers. Elle a seulement pour effet de prévenir le conservateur de l'existence de la convention et, conformément à l'opinion admise en pratique, d'empêcher ainsi, qu'après avoir consenti l'antériorité, le cédant ne donne main levée de son inscription, au préjudice du cessionnaire, hors la présence et sans le concours de celui-ci (1).

De ce qui précède, il résulte que bien que n'ayant pas fait mentionner la cession d'antériorité qui lui a été consentie, le cessionnaire peut s'en prévaloir à l'encontre d'un cessionnaire postérieur qui aurait rempli cette formalité, ou même à l'encontre d'un cessionnaire ultérieur de

1. Boulanger. *Radiations hypothécaires*, n 62 et 69.

la créance qui aurait fait mentionner le transport. C'est que dans ces divers cas, celui qui a cédé la priorité ne pouvait plus, au mépris de son engagement, reprendre et transmettre un rang qui avait cessé de lui appartenir.

Cette question a été tranchée en ce sens par l'arrêt de la Cour d'Aix du 15 février 1879 dont nous avons déjà parlé (1), qui distingue nettement entre la cession d'antériorité relative à une hypothèque conventionnelle et celle concernant l'hypothèque légale de la femme mariée.

De même, lorsqu'un créancier a cédé successivement à plusieurs créanciers postérieurs sa priorité de rang, les divers cessionnaires doivent être colloqués d'après l'ordre des dates des cessions, et non d'après celui des mentions faites en marge des inscriptions. C'est ce qu'a décidé un arrêt confirmatif de la Cour de Caen du 26 mars 1888 (2), qui repousse par les motifs suivants l'argument tiré de l'article 2134 du Code civil pour exiger la publicité : « Attendu que l'article 2134 n'a en vue
« que des créanciers hypothécaires d'un même
« débiteur nantis de titres différents, entre lesquels
« il règle la préférence par l'antériorité de l'inscrip-

1. J. N., 1879, n. 22.163, p. 631.

2. *Revue du Notariat et de l'Enreg.* mai 1888, n° 7832. V. aussi Gauthier, *op. cit.*, n° 586.

« tion. Qu'après avoir ainsi fixé le rang de chaque
« créance par rapport aux autres, l'article 2134 n'a
« point eu à régler les cessions successives qu'il
« plaît à un créancier inscrit de faire à des tiers
« de tout ou partie de ses droits, cessions qui ne
« sont soumises à aucune formalité de publicité
« ou d'inscription, et dont les effets doivent être
« réglés, non par les règles du régime hypothé-
« caire, mais par les règles générales des con-
« trats... »

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 avril 1872 (1) statuant, il est vrai, sur une espèce bien spéciale, semble en contradiction avec cette doctrine. Un créancier hypothécaire avait consenti au profit du débiteur, d'une manière générale, une cession d'antériorité à concurrence d'une certaine somme, pour tous bailleurs de fonds, mais sous la condition que partie de cette somme servirait à désintéresser des créanciers préférables. Cette cession avait été mentionnée en marge de l'inscription du cédant, mais on avait omis de relater dans la mention les conditions auxquelles était subordonnée la validité de la convention.

Sur la foi de cette mention incomplète, un capitaliste que le débiteur faisait bénéficier de la priorité abandonnée par le premier créancier, avait

1. Cass. Req. 8 avril 1872. S. 72, 1, 242.

fait un prêt à ce débiteur, sans s'assurer de l'exécution des conditions de la convention. Le tribunal et la Cour de Bordeaux jugèrent que ce dernier créancier devait jouir du bénéfice de l'antériorité malgré l'inexécution de conditions que d'ailleurs il avait ignorées ; et le notaire par les soins duquel avait été faite la mention, fut déclaré responsable des conséquences de son omission. La Chambre des Requêtes, par un arrêt de rejet, approuve ces décisions, attendu « que le principe « de la publicité qui domine toute la matière des « hypothèques, peut entraîner cette conséquence « qu'une convention ne sera valable que pour partie vis-à-vis des tiers, si l'inscription ne la fait « connaître qu'en partie ».

Cette solution ne nous paraît pas à l'abri de toute critique, ou tout au moins, nous pensons, qu'elle n'est pas rattachée aux principes d'où elle découle. Tout d'abord, les termes de l'arrêt de la Chambre des Requêtes nous semblent manquer d'exactitude dans leur généralité. Ce n'était pas l'inscription qui, dans l'espèce, était incomplète, c'était la mention. Or, à la différence de l'inscription, cette mention, d'après nous, n'est pas exigée par la loi. Le bailleur de fonds avait été trompé par elle, ou plutôt par le débiteur, et sa bonne foi, il est vrai, méritait d'être prise en considération.

Mais d'autre part, n'avait-il rien à se reprocher ? Au lieu de se considérer comme suffisamment renseigné par le contenu de la mention, ne devait-il pas consulter l'acte par lequel le premier créancier avait cédé sa priorité de rang ? Puisqu'il ne traitait pas avec le cédant lui-même, la prudence la plus élémentaire lui commandait de s'enquérir sous quels termes et avec quelles conditions la convention avait été faite. Le jugement de Bordeaux observe à cet égard que le cessionnaire n'avait pas le droit d'aller prendre chez le notaire communication d'un acte auquel il était étranger. Cela est inexact. Il pouvait et il devait exiger du débiteur l'autorisation de se faire communiquer cet acte par le notaire.

Ce sont là des considérations d'espèce, intéressantes, il est vrai, mais qui ne doivent pas nous retenir. Nous restons d'avis qu'en l'état actuel de la législation, la convention d'antériorité n'est soumise à aucune règle de publicité.

Le résultat est des plus grave. Le créancier à qui l'antériorité a été cédée d'une part, le cessionnaire de la créance de l'autre, n'ont aucun moyen sûr de reconnaître l'existence d'une cession de priorité antérieure qui leur sera opposable, et leur portera préjudice. Ils sont à la merci du cédant. Avant la loi du 23 mars 1855, on avait fait remarquer que la femme pouvait céder successi-

vement son hypothèque à dix créanciers et en tromper neuf; Troplong disait à cet égard « Je
« conviens qu'entre les différents individus subro-
« gés il peut y avoir des inconvénients. Ils peuvent
« ignorer les subrogations consenties antérieure-
« ment par la femme, et ne trouver souvent qu'une
« fâcheuse illusion à la place du gage qu'ils ont
« cru s'assurer. Mais c'est à l'imperfection de la
« loi qu'il faut s'en prendre sur ces inconvé-
« nients. »

Ces paroles sont restées vraies pour la cession d'antériorité relative au privilège, ou à l'hypothèque autre que celle de la femme. Notre législation hypothécaire présente sur ce point une lacune considérable. Puisque, dans notre droit actuel, le principe de la publicité s'explique par une idée de crédit et de protection des tiers, ce principe devrait être appliqué toutes les fois qu'il s'agit de garantir ceux-ci contre les pièges tendus à leur bonne foi. Or, la clandestinité de la convention d'antériorité est aussi dangereuse pour eux que l'était autrefois celle de la subrogation à l'hypothèque légale de la femme. Le législateur a remédié aux inconvénients de l'une en laissant subsister ceux de l'autre.

Il y a là, à la fois un danger pour les tiers et un défaut d'harmonie dans notre législation. On a pu dire autrefois qu'en établissant la règle de l'article

9, loi de 1855, le législateur n'était, en ce qui concerne les hypothèques ordinaires, sollicité par aucun intérêt pressant. Mais les choses ont changé depuis près d'un demi-siècle. Les conventions relatives aux hypothèques autres que l'hypothèque légale de la femme, notamment les cessions d'antériorité deviennent d'une pratique journalière. Le nombre des décisions judiciaires intervenues depuis la loi de 1855 prouve à la fois la fréquence croissante de la convention et les difficultés de la matière.

Il importe donc au crédit public, et l'esprit de notre régime hypothécaire exige que le législateur, réalisant enfin sur ce point le projet de réforme de 1849 (1) étende à toutes les conventions d'antériorité, la règle de la mention marginale que l'article 9 restreint aux cessions de l'hypothèque légale de la femme.

1. V. notamment l'article 2139 du projet du gouvernement et l'article 2142 du projet du Conseil d'Etat, d'après lesquels la cession d'antériorité devait être mentionnée en marge de l'inscription.

APPENDICE

DE LA PROMESSE D'ABSTENTION ET DE LA STIPULATION DE CONCURRENCE.

On a pu voir, au cours de ce qui précède, que la cession d'antériorité a parfois été confondue avec la *promesse d'abstention* (1). Pour bien différencier les deux conventions, il nous reste à préciser les effets de cette dernière. Nous le ferons rapidement puisque cette question ne se rattache qu'indirectement à notre sujet.

Il y a promesse d'abstention lorsqu'un créancier hypothécaire promet à un créancier postérieur de ne pas se prévaloir vis-à-vis de lui de son droit de préférence, au cas seulement où l'exercice de ce droit pourrait lui nuire, mais conserve les avantages de son rang vis-à-vis de tous les autres créanciers, notamment des créanciers intermédiaires.

On aperçoit tout de suite en quoi les deux con-

1. V. notamment Benech, *op cit.*, p. 33.

trats se séparent : Dans les deux cas, le promettant reste maître à la fois de sa créance et de son hypothèque ; mais tandis que dans l'hypothèse d'une cession d'antériorité, il cède son rang au créancier stipulant qui se trouve ainsi primer les créanciers intermédiaires, dans celle d'une simple promesse d'abstention, il conserve au contraire sa priorité même à l'égard du stipulant. Il consent seulement à ne point s'en prévaloir à l'encontre de celui-ci, c'est-à-dire à tenir son hypothèque inactive en tant qu'elle pourrait lui nuire (1).

Les conséquences pratiques de cette différence sont faciles à saisir : Le promettant n'est tenu de s'abstenir de son hypothèque qu'autant que l'exercice de ses droits pourrait nuire au créancier stipulant ; si donc, dans telle circonstance, il peut l'invoquer et en profiter sans nuire au créancier à qui la promesse a été faite, c'est-à-dire si par l'importance de leurs créances, les créanciers intermédiaires absorbent au préjudice du stipulant la totalité du prix de l'immeuble, dans ce cas, le promettant conserve le droit de produire à son rang. En effet, son abstention ne profiterait en rien au stipulant, puisque le prix serait absorbé en tota-

1. Mourlon, *Transc.* p. 935 et suiv. Colmet de Santerre *op. cit.*, N. 75 bis XVI, Verdier, *op. cit.*, n° 727 ; Merignhac, *op. cit.*, n° 132 et suiv., Cass. req. 8 août 1854, D. 55, 1, 338 et la note ; Cass. req. 9 janvier 1893 ; D. 95, 1, 105 et la note.

lité par les créanciers intermédiaires. Qu'importe au stipulant que le prix soit touché par celui avec lequel il a traité, ou par les créanciers intermédiaires, s'il doit être nécessairement exclu, et ne rien recevoir dans l'un ou l'autre cas.

Un exemple éclairera ce résultat par des chiffres.

Soient trois créanciers inscrits sur le même immeuble :

A : le promettant, inscrit pour	10.000 francs.
B : créancier de	20.000
C : le stipulant, créancier de. .	10.000
Total.	<u>40.000 francs</u>

Le prix de l'immeuble est-il de 30.000 francs, la convention reçoit son entier effet. B, le créancier intermédiaire, prélève ses 20.000 francs, et le surplus est absorbé par C, qui n'aurait rien reçu si A avait fait valoir son droit de préférence. Quant à ce dernier, il est exclu pour le tout, puisqu'il ne pourrait produire à son rang sans porter préjudice au stipulant.

Le traité peut encore s'exécuter si le prix varie de 30.000 à 40.000 francs ; C recevra son paiement intégral, alors que, sans la promesse d'abstention, il n'aurait reçu qu'un paiement partiel, égal à ce qui serait resté libre après les colloca-

tions de A et de B. L'insuffisance du prix sera alors supportée par le promettant.

Si la somme à distribuer est comprise entre 20.000 et 30.000 francs, A et C sont colloqués l'un et l'autre pour partie : C reçoit ce à quoi il aurait droit, à supposer inexistante l'hypothèque de A : par exemple, si le prix est de 24.000 francs, il reçoit 4.000 francs, et A touche 6.000 francs formant le surplus des 10.000 francs colloqués au premier rang. Ainsi, A n'est pas exclu complètement, parce qu'il ne doit s'abstenir de produire à l'ordre que dans la mesure où sa présence nuirait au stipulant, mais il ne reçoit qu'une somme inférieure à sa créance, car sur les 10.000 francs auxquels il aurait droit, abstraction faite de la convention, il doit subir la déduction des 4.000 francs pour lesquels C est colloqué. Quant à B, auquel le traité ne doit pas profiter, il touche les 14.000 fr. qui restent.

Enfin, si le prix n'est pas supérieur à 20.000 fr., l'exécution de la convention ne profiterait pas au stipulant, puisque, en cas d'abstention de la part du promettant, la somme à distribuer serait absorbée par le créancier intermédiaire B. A peut donc se prévaloir de sa priorité, sans causer aucun dommage à C.

En résumé, la promesse d'abstention a une portée beaucoup moins étendue que la cession d'anté-

riorité. Elle a seulement pour objet de mettre le créancier qui la stipule à l'abri de l'hypothèque du promettant, pour le cas où l'exercice de celle-ci lui ferait préjudice ; mais elle ne donne pas au stipulant le droit de se prévaloir du rang de cette hypothèque, et de l'invoquer pour sa propre créance, à l'encontre des créanciers intermédiaires. En somme, elle ne procure qu'un avantage médiocre qui satisfait rarement les créanciers ; ceux-ci préfèrent de beaucoup obtenir une cession d'antériorité, ou une subrogation. C'est ce qui explique pourquoi la promesse d'abstention, à laquelle certains auteurs attachent une importance théorique exagérée, se rencontre si rarement en pratique.

Beaucoup plus fréquente est une autre convention qui se rapproche d'ailleurs davantage de la cession de rang ; nous voulons parler de la *stipulation de concurrence* : Le créancier antérieur, au lieu de céder son antériorité consent seulement à ce que le créancier subséquent vienne au même rang, et en concurrence avec lui. Le promettant ne cède pas son rang hypothécaire, mais il admet le stipulant à le partager avec lui.

Qu'on le remarque bien, il ne s'agit pas seulement ici du cas où deux créanciers recevant hypothèque dans un même acte, on tranche par une stipulation expresse la controverse agitée par les anciens auteurs, relativement à la règle : *prior*

est tempore qui prior est in ordine scripturæ (1). La convention dont nous parlons reçoit une application plus large : elle se réalise généralement sous la forme de *réserve de concurrence* que l'on peut comparer à la réserve d'antériorité. En conférant une hypothèque, le débiteur soucieux de ménager son crédit se réserve le droit de consentir ultérieurement au profit d'autres créanciers, nommés ou indéterminés, et pour une somme fixée, d'autres hypothèques qui viendront au même rang que celle actuellement constituée. Les bénéficiaires futurs de ces hypothèques seront, en cas d'ordre, colloqués concurremment avec le créancier actuel.

La stipulation de concurrence est donc un moyen de crédit pour le débiteur, tout comme la cession de priorité ; comme elle aussi, elle constitue une dérogation à l'ordre fixé par la loi pour l'exercice du droit de préférence des divers créanciers hypothécaires ; seulement, cette dérogation n'a pas la même portée dans les deux hypothèses.

De la similitude qui existe entre ces diverses conventions ayant toutes pour objet la modification du rang des créances hypothécaires, il résulte que les principes généraux qui régissent la convention d'antériorité s'appliquent aussi à la promesse d'abstention et à la stipulation de concurrence.

1. Negusantius, *Tractatus de pign. et hyp.*, p. 194.

PARTIE SPECIALE

DE L'ANTÉRIORITÉ CONSENTIE PAR LA FEMME RELATIVEMENT A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE

§ 1. — *Distinction de la subrogation à l'hypothèque légale et de la cession d'antériorité.*

Lorsqu'elle est consentie par la femme relativement à son hypothèque légale, la cession d'antériorité se présente rarement sous un aspect aussi net que celui sous lequel nous l'avons envisagée jusqu'à présent (1). Le plus généralement, elle accompagne une obligation souscrite par la femme solidairement avec le mari, avec constitution d'hypothèque sur les immeubles de celui-ci. Il est alors souvent difficile de la distinguer de la subrogation. D'aucuns même, tant est flottant le sens

1. V. cependant un exemple dans l'espèce sur laquelle est intervenu l'arrêt de la Cour de Cass. du 9 août 1865 ; D. 66, 1, 33.

qu'ils donnent à cette dernière dénomination, ne font de la cession de priorité qu'une variante de cette opération à la fois si usuelle et si peu définie qu'est la subrogation.

Cette assimilation se trouve d'ailleurs facilitée par l'incertitude qui couvre la nature juridique de la subrogation consentie par la femme mariée. On a discuté à perte de vue sur cette matière ; chaque auteur a proposé son système qu'ont aussitôt réfuté d'autres auteurs : cession éventuelle de la créance de la femme contre son mari, cession de la priorité du rang hypothécaire de cette créance, simple promesse d'abstention, délégation éventuelle, nantissement ou cautionnement, toutes ces explications et d'autres encore, ont été mises en avant, toujours sans succès, pour établir une théorie de la subrogation. On ne sait pas ce que c'est, conclut radicalement un auteur et non des moindres (1). Enfin, de guerre lasse, on a renoncé à toute tentative de faire rentrer la subrogation dans le moule d'un des contrats prévus par le Code.

Nous n'avons pas à examiner ici ces divers systèmes dont l'analyse nous entraînerait hors de notre sujet. Remarquons seulement que par une réaction curieuse, la confusion qui s'était produite dans la doctrine a eu son contre-coup dans la pratique : En imaginant le procédé de la subrogation,

1. Laurent, *op. cit.*, t. 31, n° 343.

les praticiens que les exigences du crédit préoccupaient bien plus que les difficultés de la théorie n'avaient pas fait œuvre scientifique. L'apparition de cette multiplicité de systèmes là où ils n'avaient pas vu tant de science, ne fut probablement pas sans les surprendre. Peut-être en furent-ils inquiets. On le croirait assez à comparer les diverses expressions que dans leurs formules habituelles de subrogation, les notaires accumulent comme pour mieux assurer la validité de la convention. Il y est dit que la femme *cède, délègue et transporte* au créancier somme égale au montant de l'obligation à prendre *par priorité et préférence* à elle-même et à tous autres dans le montant de ses créances, droits et reprises contre son mari ; que par suite elle *subroge* le créancier avec pareille *préférence et antériorité* dans l'effet de son *hypothèse légale*. Ne dirait-on pas qu'en faisant par un mot allusion à chacun des systèmes proposés, les praticiens aient cherché à se concilier toutes les opinions ?

L'obscurité qui règne sur la matière a été encore augmentée par la diversité des traités que peut passer la femme relativement à son hypothèque légale ou à ses créances en reprises contre son mari. Différents entre eux sur certains points, ces traités se rapprochent par certains autres, et l'on

a pris l'habitude de leur appliquer à tous indifféremment la dénomination de subrogation.

On comprend qu'avec une pareille indécision dans la doctrine et une telle inexactitude dans le langage des affaires, il ne soit pas sans difficulté de préciser les effets du concours de la femme aux obligations hypothécaires contractées par son mari. Se trouve-t-on en présence d'une simple cession d'antériorité, ou bien en face d'une véritable subrogation ayant pour conséquence la cession de l'hypothèque légale elle-même ?

La question n'est pas sans intérêt :

Dans la première hypothèse, comme le créancier ne pourra invoquer à l'ordre que sa propre hypothèque, qu'il fera valoir il est vrai au rang de celle de sa femme, il faudra nécessairement que cette hypothèque ait été valablement constituée et qu'elle ait été régulièrement conservée. Nous renvoyons à cet égard à ce que nous avons dit dans la partie générale qui précède.

Y a-t-il, au contraire, subrogation, c'est-à-dire acquisition par le créancier non plus seulement du rang de l'hypothèque légale, mais de cette sûreté elle-même, le cessionnaire pourra s'en prévaloir à l'ordre quel que soit le sort de son hypothèque conventionnelle ; et, s'il ne réclame que les droits attachés à la première, il n'aura pas à justifier de l'existence ou de l'efficacité de la seconde.

Cela s'explique, puisqu'à la différence du cessionnaire de l'antériorité, le subrogé pourrait n'être qu'un créancier chirographaire.

Ecartons tout d'abord le cas où la femme ayant expressément déclaré subroger le créancier de son mari dans son hypothèque légale, il résulte sans aucun doute des termes employés qu'elle a consenti une véritable cession de son hypothèque légale elle-même et non pas seulement une cession du rang de cette garantie. A moins de partager l'opinion des auteurs qui identifient la subrogation avec la cession de priorité, — opinion que nous avons repoussée, — il faut, dans cette hypothèse, appliquer les règles de la subrogation et non celles de la cession de priorité. Par application de cette idée, la Cour de Lyon, par un arrêt du 27 décembre 1882 (1), a décidé dans une espèce où la femme avait cédé et transporté son hypothèque légale en termes généraux et absolus, qu'il n'y avait pas là une simple cession d'antériorité sur l'immeuble spécialement affecté à la sûreté du créancier, mais bien subrogation générale à l'hypothèque légale, sur tous les biens présents et à venir qu'elle pouvait frapper.

Mais la difficulté se présente lorsque la femme n'a pas manifesté sa volonté d'une manière suffi-

1. C. Lyon, 27 déc. 1882; D. 83, 2, 243.

samment certaine, par exemple lorsqu'elle l'a déguisée sous la forme d'une vague renonciation à son hypothèque légale, ou bien encore et surtout lorsqu'en s'obligeant solidairement avec son mari, elle a, dans l'obligation hypothécaire, gardé le silence à cet égard.

Depuis longtemps, cette question préoccupe la doctrine, et Benech, après l'avoir rattachée à la théorie de la renonciation tacite résultant du concours d'un créancier hypothécaire quelconque à l'acte constitutif d'une nouvelle hypothèque, nous la montre divisant les anciens jurisconsultes (1). Puis, il se prononce pour le système de la cession d'antériorité tacite, la volonté de la femme, dit-il, « pouvant s'expliquer tout aussi bien par une simple renonciation à son droit de priorité, renonciation bien moins onéreuse que la renonciation transmissive. » « La doctrine de la simple cession d'antériorité, dit-il encore, est seule conforme au droit romain, à notre ancienne jurisprudence, à la philosophie du droit, aux vrais intérêts et aux intentions présumées de la femme, et à toutes les règles d'interprétation des contrats. »

Nous ne méconnaissons pas la valeur du premier argument mis en avant à l'appui de cette opi-

1. Benech, *op. cit.*, n° 26.

nion. Pour la femme, comme pour tout créancier, la cession d'antériorité est certainement moins onéreuse que la subrogation, encore que la femme puisse, dans l'un ou l'autre cas, à raison de l'engagement pris par elle, prétendre à une hypothèque ayant rang du jour du contrat.

Mais nous cessons de suivre le savant auteur lorsqu'il rattache la question à l'ancienne controverse relative à la distinction de la renonciation *in favorem* et de la renonciation absolue. Sans aucun doute, il y a ici non pas extinction, mais transmission tacite d'un droit. Il s'agit seulement de savoir ce qui est transmis. Est-ce l'hypothèque légale elle-même, ou est-ce seulement le rang de cette garantie ? Tout est là. Ajoutons qu'il est inexact et contraire à la réalité des choses d'assimiler l'hypothèse où la femme s'oblige solidairement avec son mari envers le créancier auquel celui-ci donne hypothèque, au cas où un créancier hypothécaire quelconque, sans prendre aucun engagement personnel, concourt à un acte de même nature.

La jurisprudence a consacré tour à tour les deux opinions.

La Cour de Paris, par un arrêt du 24 août 1853 (1), et la Cour de Caen, par trois arrêts cités par

1. C. Paris, 24 août 1853 ; S. 53,2,545 ; D. 54,2,105 ; J. P. 1853, II, 545.

Benech et par Bertauld, ont jugé que l'obligation solidaire de la femme, souscrite dans de semblables conditions, emporte bien cession du rang de l'hypothèque légale, mais qu'elle n'opère pas une subrogation à cette hypothèque, subrogation qui ne pourrait résulter que de termes exprès.

Au contraire, par deux arrêts l'un du 8 août 1854 et l'autre du 25 février 1862 (1), la Cour de Cassation fait produire à l'engagement de la femme tous les effets d'une subrogation et décide que celle-ci, pour être tacite, n'en a pas moins toute la force d'une subrogation expresse.

On avait objecté que lorsque la femme renonce à son droit hypothécaire en faveur d'un créancier, elle le délivre d'un obstacle qui s'opposait à sa collocation en rang utile, mais ne lui cède pas ses droits. Il fut répondu que « l'intention du créancier, en exigeant le concours de la femme à la « constitution d'hypothèque n'avait pu être que « d'obtenir une garantie plus certaine de sa « créance ; et celle de la femme, en accordant ce « concours, que de mieux assurer l'obligation « qu'elle contractait solidairement avec son mari, « d'où la présomption dérivant de la nature de « l'obligation, que la femme avait consenti non

1. Cass. Req. 8 août 1854 ; S. 54, 1, 521 ; D. 55, 1, 338. J. P. 1855, II, 457 ; Cass. Civ., 25 février 1862 ; S. 62, 1, 356, J. P. 1862, I, 669.

« une simple cession d'antériorité emportant des
« arrière-pensées ou des réserves qui eussent
« été un piège tendu à la bonne foi du créancier,
« mais une véritable subrogation dans l'effet de
« son hypothèque légale (1). »

La véritable solution nous paraît avoir été donnée par un arrêt de rejet de la Chambre des Requêtes du 2 juin 1893 (2), qui ramène la question à une appréciation de la commune intention des parties. Il appartient aux juges du fait d'apprécier souverainement si, dans l'intention des contractants, l'engagement pris par la femme constitue une subrogation pure et simple à son hypothèque, ou seulement une cession d'antériorité.

Dans l'espèce intéressante qui fit l'objet de cet arrêt, la femme avait déclaré dans l'acte d'obligation hypothécaire, « renoncer à exercer à l'encon-
« tre du créancier l'effet de son hypothèque légale
« contre son mari sur l'immeuble hypothéqué, et
« consentir que dans tous ordres et contributions
« ayant pour objet le prix de cet immeuble, le
« créancier lui soit préféré. » La Cour d'Aix décida qu'il résultait de ces termes, comme aussi des circonstances de la cause, que la cession consentie par la femme n'avait pas eu pour mobile seu-

1. Péronne, 16 déc. 1853, sous Req., 8 août 1854 précité.

2. Cass. Req., 2 juin 1893 ; D. 94, 1, 35.

lement la valeur de l'hypothèque conventionnelle donnée dans le même acte par son mari, mais le désir de venir en aide à ce dernier, en faisant un sacrifice à son créancier, et comme conséquence, la Cour jugea que la subrogation devait être maintenue bien que l'hypothèque conventionnelle ait été déclarée nulle, comme consentie par le mari, postérieurement à la cessation de ses paiements.

Il n'y a donc pas là de solution qui s'impose *a priori*, mais seulement une question de fait à résoudre par le juge, sans que celui-ci soit lié par la formule dans laquelle la femme s'est engagée. *Erit autem facti questio agitanda, quid actum sit*, comme disait le jurisconsulte Marcien. Seulement, comme le créancier, qui d'ordinaire impose sa volonté au débiteur, a toujours intérêt à obtenir une subrogation, et que la femme sacrifie facilement son hypothèque quand le crédit de son mari est en jeu, il sera généralement plus vraisemblable de voir une subrogation dans l'engagement pris par la femme.

Notre question ne se pose plus lorsque la femme s'oblige solidairement envers un créancier chirographaire du mari. De cette obligation, il ne peut résulter ni subrogation, ni cession d'antériorité concernant l'hypothèque légale. Il en est ainsi alors même que par suite d'une condamnation prononcée contre le mari et la femme, l'obligation soli-

daire s'est trouvée fortifiée d'une hypothèque judiciaire (1) : l'engagement de la femme n'ayant pas été accompagné d'une constitution d'hypothèque par le mari, la femme ne peut pas être réputée avoir traité de son hypothèque légale.

Observons que lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale, la subrogation répond mieux que la convention d'antériorité aux besoins de la situation. Le créancier qui veut une sûreté aussi efficace que possible, obtiendra facilement de la femme un abandon de ses droits plus complet que celui qu'il obtiendrait d'un cédant ordinaire. C'est que le sacrifice que fait la femme profite au mari, c'est-à-dire à la communauté, à la famille, à la femme elle-même. D'autre part, le cessionnaire est ici généralement créancier de la cédante. Enfin, par son élasticité qui permet de lui donner une portée variable, suivant les circonstances, la subrogation s'adapte mieux à la volonté des parties. Telles sont sans doute les raisons qui ont fait prévaloir le système de la subrogation tacite dont nous parlions tout à l'heure.

On sait qu'en pratique, on restreint d'ordinaire, par une clause expresse, l'effet de la subrogation aux immeubles spécialement hypothéqués dans

1. En ce sens, Cass. Civ., 14 mars 1865 ; S. 65, 1, 209 et Orléans, 9 juin 1874 ; S. 74, 2, 302.

l'obligation solidaire. On en a conclu parfois que cette subrogation limitée n'était en réalité qu'une cession d'antériorité sur les immeubles grevés de l'hypothèque du créancier (1). Si l'on veut dire par là que le subrogé ne peut faire valoir les droits hypothécaires de la femme sur les autres immeubles du mari, cela est évident, et c'est le but de cette limitation ; mais nous croyons contraire aux vrais principes d'assimiler, même en ce cas, la convention d'antériorité et la subrogation. Celle-ci, se pliant à la volonté des parties, se rapproche de celle-là, mais sans se confondre avec elle ; nous avons suffisamment montré qu'il n'est pas indifférent pour le cessionnaire de pouvoir invoquer l'hypothèque légale, même limitée, ou seulement le rang de cette garantie.

Nous avons expliqué dans la partie générale, que l'avantage résultant de la convention d'antériorité n'est que purement éventuel puisqu'il est subordonné à l'existence de la créance du cédant. Ajoutons ici que ce caractère précaire de la convention est particulièrement accentué lorsqu'il s'agit de l'hypothèque légale de la femme. En effet, au moment où intervient la cession d'antériorité, les reprises de la femme ne sont pas fixées d'une

1. V. Baudry-Lacantinerie, *Priv. et hyp.*, II, n° 1065 et C. Paris, 27 mai 1848 ; Merignhac, *op. cit.*, n° 128 ; S. 49, 2, 283 ; D. 48, 2, 128.

manière invariable et définitive. Elles sont au contraire indéterminées, soumises à des fluctuations, et subordonnées au résultat de la liquidation du régime matrimonial. Il se peut ainsi qu'à cette liquidation, ou même seulement au moment où il s'agira de faire valoir la cession de rang, la femme n'ait plus aucune reprise à exercer, soit par l'effet d'un remploi, soit par l'effet d'une dation en paiement, soit encore par l'effet d'une compensation ou d'une confusion ; il en résultera que son hypothèque légale sera sans valeur, faute de créance, et que la cession de rang restera sans efficacité faute d'objet.

§ 2. — *Capacité.*

Sous le chapitre IX, nous avons posé comme principe que la capacité requise pour consentir une cession de priorité était la même que celle exigée pour faire main levée de l'hypothèque sans paiement. Si nous appliquons cette règle à la cession d'antériorité faite par la femme, nous arrivons aux résultats suivants :

La femme doit être majeure et dûment autorisée de son mari ou de justice. Observons à cet égard que la convention d'antériorité différant de la réduction d'hypothèque organisée par les arti-

cles 2144 et 2145 du Code Civil, ne tombe pas sous l'application de ces articles.

Si la femme était encore mineure, quoique émancipée par le mariage, elle devrait, suivant nous, obtenir l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal (V. chap. IX).

D'autre part, la créance garantie par l'hypothèque dont le rang fait l'objet de la convention doit être aliénable ; en d'autres termes, s'il s'agit de l'hypothèque légale, il faut que les clauses du contrat de mariage ne contiennent aucune prohibition de disposer de la dot et de l'hypothèque qui la garantit. La convention d'antériorité sera donc inefficace en tant qu'elle pourrait compromettre la restitution de la dot ou de la partie de la dot stipulée inaliénable. C'est que la femme ne peut pas faire indirectement ce que la loi ou les conventions matrimoniales lui défendent de faire directement, et nous savons que la cession d'antériorité, en affaiblissant l'hypothèque, peut avoir cette conséquence d'entraîner la perte de la créance garantie.

Si donc le contrat de mariage contient adoption du régime dotal pur et simple, sans aucune atténuation au principe de l'inaliénabilité, la convention d'antériorité faite par la femme au sujet de son hypothèque légale sera certainement sans effet en tant que cette hypothèque assure la resti-

tution de la dot immobilière. Il faudra décider de même au cas où l'hypothèque légale garantit la conservation de la dot mobilière, si l'on admet avec la jurisprudence, mais contrairement à la majorité des auteurs, que la dot mobilière est, elle aussi, inaliénable.

La dot a-t-elle été déclarée aliénable par contrat de mariage, la presque unanimité des auteurs admettent que la femme, capable de disposer de ses biens dotaux, peut aussi disposer par tous les moyens, de l'hypothèque légale qui y est attachée. Comme conséquence, il faudra dire qu'elle peut valablement céder le rang de cette hypothèque.

Telle n'est cependant pas l'opinion que semble devoir suivre la jurisprudence (1). Partant de ce principe que sous le régime dotal toutes les clauses dérogatoires à l'inaliénabilité de la dot sont des exceptions qui doivent recevoir l'interprétation la plus restrictive, elle décide que sauf convention expresse, le droit d'aliénation réservé par la femme dans son contrat de mariage n'implique pas pouvoir de disposer de son hypothèque légale (2).

Si le contrat de mariage, autorisant la femme à donner main levée de son hypothèque légale, gardait le silence sur la cession du rang de cette hy-

1. V. toutefois C. Bordeaux, 16 août 1853; S. 54, 2, 263.

2. V. dans le même sens Aubry et Rau, *op. cit.*, n° 288 *bis*.

pothèque, nous pensons que la convention d'antériorité serait permise à la femme comme comprise dans la faculté plus générale de faire main levée. Nous avons en effet montré que le fait de consentir une antériorité est moins préjudiciable au créancier que celui de donner main levée. Mais la jurisprudence consacrerait-elle cette opinion ? Ce n'est pas certain : La rigueur avec laquelle elle interprète les clauses dérogeant à l'inaliénabilité de la dot lui fait repousser les raisonnements par analogie. Cependant, elle apporte une atténuation à cette sévérité toutes les fois que le préjudice causé à la femme par l'acte incriminé se trouve être de la même nature que celui qui résulterait de l'acte analogue formellement permis par le contrat de mariage ; et, la Cour de Cassation (1), sans toutefois avoir résolu la question, semble donner à entendre que la cession d'antériorité pourrait être validée comme équivalente à la main levée de l'hypothèque. Cette solution, il est vrai, a été critiquée sous prétexte que lorsqu'elle renonce d'une façon absolue à sa garantie, la femme se rend bien mieux compte de l'importance de son sacrifice que lorsqu'elle consent seulement une cession d'antériorité par laquelle elle obtient un rang en échange de celui qu'elle abandonne.

1. Cass. Civ., 19 novembre 1888 ; S. 89, 1, 153.

Il sera donc toujours prudent de préciser d'une façon expresse, dans le contrat de mariage, les dérogations qu'on entend apporter au principe de l'inaliénabilité de la dot, notamment le droit pour la femme de consentir toutes cessions d'antériorité relatives à son hypothèque légale.

Si la femme a contre son mari des créances paraphernales, la convention d'antériorité produira ses effets en tant que l'hypothèque légale garantit ces créances.

Il est bien évident aussi que toutes les fois que la dotalité reçoit une exception (art. 1555 et suiv. du C. C.), la femme dûment autorisée peut valablement consentir une cession d'antériorité.

On sait enfin que dans le système de la jurisprudence, si la dot mobilière est inaliénable, c'est seulement par rapport à la femme, et que, tant qu'il n'est pas intervenu de jugement de séparation de biens, cette dot mobilière est à la libre disposition du mari qui puise dans sa qualité d'administration le droit de l'aliéner. En d'autres termes, la jurisprudence n'entend l'inaliénabilité de cette dot qu'en ce sens que la femme ne peut pas renoncer à l'hypothèque légale qui en garantit le remboursement. De ce droit de disposer des capitaux dotaux découle pour le mari la faculté de céder la priorité de rang de l'hypothèque conventionnelle qui a été constituée pour garantir le paie-

ment de la dot. Ainsi, la Chambre des Requêtes, par un arrêt de rejet du 1^{er} août 1866 (1), a validé comme n'étant qu'un acte d'administration permis au mari, une cession d'antériorité faite dans de semblables conditions ; et même, la Cour a décidé que la femme avait pu valablement consentir cette cession d'antériorité conjointement avec son mari, si son contrat de mariage lui permettait d'aliéner ses biens dotaux, sans emploi, et sous la réserve de son hypothèque légale.

§ 3. — *Forme et publicité : art. 9, l. 23 mars 1855.*

La loi du 23 mars 1855, par son article 9, a réglementé de la façon suivante les actes de cession, renonciation ou subrogation par lesquels la femme dispose de son hypothèque légale : « Dans
« le cas où les femmes peuvent céder leur hypo-
« thèque légale ou y renoncer, cette cession qu
« cette renonciation doit être faite par acte authen-
« tique, et les cessionnaires n'en sont saisis à l'é-
« gard des tiers que par l'inscription de cette
« hypothèque prise à leur profit, ou par la men-

1. Cass. Req., 1^{er} août 1866 ; S. 66, 1, 363 ; D. 66, 1, 446. V. aussi Boulanger, *op. cit.*, I, n° 188.

« tion de la subrogation en marge de l'inscription
« préexistante.

« Les dates des inscriptions ou mentions déter-
« minent l'ordre dans lequel ceux qui ont obtenu
« des cessions ou renonciations, exercent les droits
« hypothécaires de la femme ».

On sait à quelles controverses a donné lieu l'interprétation de ce texte en ce qui concerne la renonciation simplement extinctive au profit d'un acquéreur. La difficulté sur ce point spécial a été tranchée par la loi du 13 février 1889. Mais on peut se demander encore si la cession d'antériorité se trouve comprise dans les actes désignés par l'article 9, sous les termes vagues et généraux de cession ou de renonciation, et si par suite, cette convention est soumise à la double règle de l'authenticité et de la publicité.

Bien que l'article en question ne parle que de la cession de l'hypothèque, et ne désigne pas d'une manière spéciale la cession de priorité, nous croyons que ses dispositions sont applicables à la cession de l'antériorité comme à la cession de l'hypothèque elle-même. L'induction qui peut se tirer facilement du texte lui-même, est d'ailleurs fortifiée par cette considération que les motifs qui ont fait prescrire la règle de l'authenticité et de la publicité se retrouvent ici avec toute leur force. Les conseils de l'officier ministériel sont pour la femme d'une uti-

lité évidente, et les précautions de la loi s'expliquent, lorsqu'il s'agit de traités qui, comme la cession du rang de collocation ont, suivant Troplong, des effets « difficiles à définir », et peuvent entraîner la perte de la dot. Quant aux tiers auxquels la femme proposerait de céder sa priorité de rang, ils ont le même intérêt que dans le cas de subrogation à connaître l'existence de cessions antérieures, et la publicité peut seule les mettre à l'abri de la fraude.

En tant qu'il s'agissait de la renonciation simplement abdicative au profit de l'acquéreur, on a pu considérer que l'article 9 ne la faisait pas rentrer dans ses prévisions. On a fait remarquer notamment que le législateur de 1855 allant au plus pressé, n'avait statué que sur la renonciation translatrice ou subrogation, dont la validité était mise en doute, et dont les dangers préoccupaient alors la pratique (1). Mais nous croyons que sans aller jusqu'à dire avec Benech (*op. cit.*, p. 77) que l'article 9 s'applique exclusivement à la cession d'antériorité, comme aussi sans étendre au-delà de la pensée du législateur la portée de ce texte, on peut soutenir que par la généralité de ses termes, l'article 9 régleme tous les traités, sous quelque

1. V. la dissertation de M. Bufnoir sous cass., 22 nov. 1880, S 81, 1, 473.

dénomination qu'ils soient faits, par lesquels la femme transmet à un tiers dans une mesure quelconque, le bénéfice de son hypothèque légale. Les textes élaborés lors du projet de réforme de 1849 autorisent cette interprétation. Tout en distinguant nettement la convention d'antériorité de la subrogation, ils imposaient à l'une et l'autre convention la règle de l'authenticité et de la publicité (1). Et même, Gauthier qui écrivait deux ans avant la loi de 1855, prétendait que la cession de priorité est le seul traité permis à la femme pour disposer des avantages de son hypothèque légale (2). Il y a donc lieu de croire que dans la pensée du législateur de 1855, le mot « *cession* » s'appliquait aussi bien à la cession de rang qu'à celle de la créance elle-même. C'est d'ailleurs là une opinion généralement admise (3).

Les motifs qui justifient l'exigence de l'authenticité empêcheraient d'admettre la validité de la convention d'antériorité faite par la femme dans un simple acte sous-seings privés déposé en suite au rang des minutes d'un notaire. La sauvegarde que constitue pour la femme la présence du no-

1. V. art. 2139 du projet du gouvernement, et art. 2142 du projet du Conseil d'Etat.

2. Gauthier, *op. cit.*, n° 564.

3. Notamment Pont, *op. cit.*, n° 468; Troplong, *Transcr.*, n° 333; Verdier, *op. cit.*, n° 726.

taire au moment où elle donne sa signature ferait défaut dans cette hypothèse.

Pour la même raison, la procuration donnée par la femme pour consentir une cession de priorité devrait être elle-même passée dans la forme authentique.

Cette solution ne saurait aujourd'hui faire l'objet d'une contestation, et la Cour de Cassation, par un retour dans sa jurisprudence, reconnaît maintenant que la procuration donnée à l'effet de consentir un acte qui doit être à peine de nullité passé en la forme authentique, doit être elle-même en la forme authentique (1). Dans la doctrine contraire, on avait dit, qu'en règle générale, tout mandat, quel qu'en soit l'objet, peut être donné par acte sous-seing privé. Mais on a répondu que la forme du mandat est nécessairement subordonnée à la forme essentielle de l'acte qu'il a pour objet, et que si cet acte exige pour sa perfection l'intervention du notaire, il faut aussi que le notaire intervienne dans le mandat. En exigeant l'authenticité, l'article 9 veut dire que le consentement de la femme doit être donné en la forme authentique, et comme le fait remarquer M. Pont, c'est dans la procuration que le mandant dépose sa volonté.

La règle de l'acte authentique ayant été exigée

1. C. Cass., 24 mai 1886. J. N., art. 22.624.

ici, surtout dans l'intérêt de la femme, on doit en conclure que la nullité résultant de l'inobservation de cette règle peut être invoquée non seulement par les autres créanciers auxquels la cession d'antériorité préjudicie et qui ont intérêt à la faire écarter, mais encore par la femme elle-même ou par ses créanciers chirographaires (1).

De l'application de l'article 9 à la convention d'antériorité il résulte que celle-ci n'est efficace à l'égard des tiers que si elle a été rendue publique dans la forme prescrite par la loi. Le mode de réalisation de cette publicité diffère suivant que l'hypothèque légale est ou n'est pas inscrite. Si cette hypothèque n'est pas inscrite, le cessionnaire doit la faire inscrire à son profit en indiquant dans le bordereau que le rang seul lui en a été cédé ; si au contraire l'hypothèque est inscrite, il suffira que le cessionnaire fasse mentionner la convention d'antériorité en marge de cette inscription préexistante. Enfin, le droit de préférence des cessionnaires successifs s'exercerait, comme en cas de subrogation, d'après la date des inscriptions ou des mentions.

La règle de la publicité ayant été imposée en vue de l'intérêt des cessionnaires successifs, n'a d'effet qu'à leur égard. Le défaut de publicité n'em-

1. V. Sirey, 4^e table décennale. V. *Hyp. lég.*, n° 60.

pêcherait donc pas la convention d'antériorité de valoir entre la femme et le cessionnaire.

L'application de l'article 9 aux cessions de priorité relatives à l'hypothèque légale de la femme constitue entre celles-ci et celles ayant pour objet une hypothèque quelconque une différence illogique, appelée à disparaître par la généralisation de la règle de l'authenticité et de la publicité, le jour peut être lointain, où l'attention du législateur pourra s'attarder sur ces matières.

CONCLUSION

La convention d'antériorité, si fréquente dans la pratique, constitue un élément important de crédit. Mais a-t-elle atteint un degré d'organisation suffisamment en rapport avec le but auquel elle tend ? La négative résulte clairement des nombreuses difficultés que nous avons examinées au cours de ce travail. La cession du rang hypothécaire ne répond pas encore d'une façon complètement satisfaisante aux besoins qui l'ont fait imaginer :

En l'absence de disposition législative qui précise la nature juridique et les effets de la convention, il faut se rattacher aux principes généraux, et nous avons vu que ce n'est pas toujours chose facile. L'application des principes donne lieu à une diversité d'interprétations d'où naît la controverse, c'est-à-dire l'incertitude, si fâcheuse pour le crédit. La jurisprudence, il est vrai, peut dans une certaine mesure suppléer au silence de la loi, et servir de guide à ceux qui ont recours à

la cession de priorité. Les trop nombreuses décisions que nous avons citées, et par lesquelles il a été statué sur la plupart des points intéressants, peuvent, en effet, donner aux praticiens d'utiles indications. Mais, comme on l'a fort bien dit, « la « jurisprudence, quelque prix qui s'y attache, « n'est qu'un ensemble d'opinions. Ce n'est pas « l'oracle infallible, puisqu'elle varie quelquefois. « Elle n'a pas l'autorité de la loi, qui est, non une « opinion, mais une volonté (1). »

On comprend que la pratique s'inquiète de la lacune que présente sur ce point notre législation hypothécaire. Les sages précautions dont s'entourent certains praticiens en stipulant la priorité de rang, notamment les exigences chaque jour croissantes du Crédit Foncier de France à cet égard, sont une conséquence de l'incertitude qui règne en cette matière. Il serait donc utile que le législateur, apportant enfin à la pratique le secours de dispositions précises, facilitât l'emploi de ce moyen de crédit. Tout au moins, devrait-il étendre à ce genre de traité les prescriptions que l'article 9 de la loi de 1855 établit pour la subrogation à l'hypothèque légale de la femme.

En effet, si parmi les causes qui font de la cession d'antériorité un moyen de garantie assez pré-

1. M. Roussel. *Rev. de dr. public*, mars 1894, p. 252.

caire, certaines sont inhérentes à la nature même de la convention, il en est une, la plus dangereuse, puisqu'elle facilite la fraude, à laquelle il est facile de remédier. Nous voulons parler de la clandestinité. Depuis longtemps, il est question de réformer notre régime hypothécaire. Avant l'exécution de cette réforme toujours promise et toujours attendue, il est nécessaire, il est urgent que le législateur, donnant au moins la vie à cette partie du projet de 1849, étende l'application du principe de la publicité à la cession de priorité, comme en général aux diverses conventions modificatives du rang hypothécaire.

Jusqu'à l'avènement de ce progrès partiel, la convention d'antériorité, tout en étant un précieux instrument de crédit, ne constituera jamais qu'une garantie douteuse. Et même, en certains cas, elle pourra faciliter « l'escroquerie hypothécaire », et n'être qu'un piège tendu à la bonne foi de ceux qui cherchent en elle leur sauvegarde. Au lieu d'y trouver leur sécurité, ils n'y rencontreront parfois qu'une illusion.

Vu par le Président de la thèse
C. BUFNOIR.

Vu : le Doyen,
COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	pages
INTRODUCTION.....	1

PARTIE GÉNÉRALE

CHAPITRE PREMIER

NATURE DE LA CESSION D'ANTÉRIORITÉ.....	13
Définition. Interprétation de la volonté des parties. Intervention de l'ordre dans lequel s'exercera le droit de préférence. Chaque créancier conserve sa créance et son hypothèque. Examen des divers systèmes proposés. Opinions qui assimilent la cession d'antériorité à la subrogation. Réfutation; parallèle entre la cession de rang et la subrogation. Théories qui font de la cession de priorité un transport de créance. Opinion d'après laquelle la cession d'antériorité serait une cession éventuelle de la collocation à obtenir; décision du Ministre des Finances du 7 juin 1808. La cession d'antériorité n'est pas un nantissement, ni une simple promesse d'abstention. C'est un contrat <i>sui generis</i> .	

CHAPITRE II

UTILITÉ DE LA CONVENTION.....	42
Utilité de la cession d'antériorité: Moyen de crédit pour le débiteur. Circonstances dans lesquelles elle se produit. Applications pratiques. Réserve d'antériorité. Cas exceptionnel où le débiteur est étranger à la convention d'antériorité. Motifs qui déterminent le consentement du créancier cédant. Différence avec la subrogation.	

CHAPITRE III

LÉGALITÉ DE LA CESSION D'ANTÉRIORITÉ. APERÇU HISTORIQUE.....	53
Opinion qui repousse la validité de la cession d'antériorité comme conséquence de la prohibition de la cession isolée de l'hypothèque. Travaux préparatoires de la réforme hypothécaire en 1849, art. 2.139 du projet du gouvernement; rapports de MM. de Vatimesnil et Bethmont; art 2.142 du projet du Conseil d'État. La validité de la cession d'antériorité et celle de la cession isolée de l'hypothèque sont deux questions distinctes. Consécration législative: art. 9 l. 23 mars 1855; art. 2.200 C. C.	

CHAPITRE IV

PRINCIPAUX CARACTÈRES DE LA CONVENTION.....	70
Caractère conditionnel. C'est un contrat innommé, unilatéral, à titre onéreux (action Paulienne), aléatoire, accessoire et consensuel. La cession d'antériorité n'est pas une garantie absolue.	

CHAPITRE V

CONDITIONS DE FORMATION DE LA CONVENTION.....	79
Le cessionnaire comme le cédant doit être un créancier hypothécaire ou privilégié. Différence avec la subrogation; réfutation de l'opinion qui assimile les deux conventions. Il n'est pas nécessaire que le cessionnaire ait une hypothèque au moment où il stipule l'antériorité; encore moins que son hypothèque soit inscrite. Les rangs intervertis peuvent résulter d'une hypothèque quelconque ou d'un privilège. La cession d'antériorité est une véritable convention qui nécessite l'acceptation du cessionnaire, même lorsqu'il n'y a pas de créanciers intermédiaires. L'acceptation peut être tacite; il n'est pas nécessaire qu'elle soit notifiée au cédant.	

CHAPITRE VI

DIVERSES MODALITÉS DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ... 98

La cession d'antériorité peut être faite, soit pour telle créance déterminée, soit d'une manière générale. Intérêt de la distinction. Cas de prorogation de délai par le cessionnaire. Antériorité consentie au profit d'un cessionnaire dont le rang est immédiatement postérieur à celui du cédant, et cas où le cédant et le cessionnaire sont séparés par des créanciers intermédiaires : créances inégales. Ordre des cessionnaires partiels d'une créance hypothécaire ou privilégiée. Antériorité pure et simple, ou conditionnelle.

CHAPITRE VII

EFFETS DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ ENTRE LES PARTIES..... 114

Le cédant et le cessionnaire seront colloqués à la place l'un de l'autre, mais chacun d'eux conserve sa créance et son hypothèque. Le cédant peut-il renoncer au bénéfice du terme, faire remise de sa dette au débiteur, faire main-levée sans paiement ? Caractère précaire du droit conféré au cessionnaire ; sa subordination à l'existence de la créance du cédant, et à la conservation de son hypothèque ; point commun avec la subrogation. Perte de l'hypothèque du cessionnaire ; perte de son rang : péremption de son inscription. De la péremption de l'inscription du cédant. Le cédant et ses ayants-cause doivent s'abstenir de porter un trouble à l'exercice du droit conféré : application à l'exercice de l'action résolutoire. Intérêts auxquels s'applique la convention d'antériorité. Différence entre la cession de priorité et la subrogation quant à la manière dont leurs effets se réalisent.

CHAPITRE VIII

DE L'EFFET DE LA CONVENTION D'ANTÉRIORITÉ A L'ÉGARD DES TIERS.....	142
Tiers auxquels la convention ne doit ni nuire ni profiter. Créances inégales. Antériorité cédée relativement à un seul immeuble par un créancier dont l'hypothèque grève plusieurs immeubles. Les tiers ne peuvent se prévaloir de la convention : Opinion contraire de quelques anciens auteurs.	

CHAPITRE IX

CAPACITÉ.....	158
Le cédant doit avoir la capacité de faire main-levée sans paiement. Mineur : la loi du 27 février 1880 est ici sans application. L'article 472 C. C. est généralement applica- ble. Cession du rang d'une hypothèque garantissant une créance incessible et insaisissable. La cession d'antériorité peut être rendue inefficace par une saisie-arrêt antérieure. Le conservateur requis de mentionner la cession d'antériorité n'a pas qualité pour exiger la justification de la capacité juridique du cédant.	

CHAPITRE X

FORME. PUBLICITÉ.....	175
Absence de conditions de forme. Acte sous-seings privés. Cession d'antériorité tacite. Signification au débiteur. Clandestinité de la convention d'antériorité. Utilité de la mention marginale. Conséquences de la clandestinité : dangers pour les tiers. Nécessité d'une extension à la convention d'antériorité de la règle de l'article 9 l. 23 mars 1855.	

APPENDICE

DE LA PROMESSE D'ABSTENTION ET DE LA STIPULATION DE CONCURRENCE	192
--	-----

PARTIE SPÉCIALE

DE L'ANTÉRIORITÉ CONSENTIE PAR LA FEMME RELATI- VEMENT A SON HYPOTHÈQUE LÉGALE.....	198
--	-----

§ 1. — Distinction de la subrogation à l'hypothèque légale et de la cession d'antériorité.	
§ 2. — Capacité.	
§ 3. — Forme et publicité : art. 9 l. 28 mars 1855.	
CONCLUSION.....	222

Imprimerie des Ecoles, H. JOUVE, 15, rue Racine, Paris.
